

LES
PROBLÈMES FONDAMENTAUX
DU DROIT DES GENS
ET LA
COUR PERMANENTE
DE JUSTICE INTERNATIONALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Vendredi 29 mai, à 14 heures

PAR

Tihomil DREZGA

Président : M. LE FUR, Professeur

<i>Suffragants</i> {	MM. BASDEVANT GEOUFFRE DE LAPRADELLE	{ <i>Professeurs</i>
----------------------	---	----------------------

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS (V.)

1931

**LES PROBLÈMES FONDAMENTAUX
DU DROIT DES GENS
ET LA COUR PERMANENTE DE JUSTICE
INTERNATIONALE**

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses.
Ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

LES
PROBLÈMES FONDAMENTAUX
DU DROIT DES GENS
ET LA
COUR PERMANENTE
DE JUSTICE INTERNATIONALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Vendredi 29 mai, à 14 heures

PAR

Tihomil DREZGA

Président : M. LE FUR, Professeur

<i>Suffragants</i>	{	MM. BASDEVANT GEOUFFRE DE LAPRADELLE	}	<i>Professeurs</i>
--------------------	---	---	---	--------------------

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS (V)

1931



AVANT-PROPOS

Ce que nous appelons problèmes fondamentaux, c'est tout d'abord celui de l'origine du droit, de son fondement, c'est la question du droit naturel. En l'étudiant, il est impossible de ne pas s'apercevoir que cette question, capitale dans la philosophie juridique, a des rapports directs et logiques avec le droit international. En effet, transportée dans le plan international, elle se formule ainsi : le droit est-il créé exclusivement par l'Etat, lequel puiserait cette faculté extraordinaire, exorbitante, toute puissante dans la Souveraineté? Ainsi sous l'aspect de la notion de souveraineté, nous retrouvons tout entier le problème éternel du droit.

Il résulte de ce que nous venons de dire, que de la solution adoptée dans le premier débat (fondement du droit), dépendra notre position dans le second, dans celui de la souveraineté. Si le droit est une simple création de l'homme, relevant de sa volonté, la souveraineté ne saurait être qu'absolue et le droit international, une chimère... Nous avons essayé, donc, d'analyser ces deux problèmes, de montrer leur étroite connexité et d'en déduire une conclusion.

Recherche toute doctrinale. Mais, comme notre titre l'indique, nous nous sommes demandé s'il existait dans la jurisprudence internationale d'aujourd'hui des élé-

ments, des indications, des décisions susceptibles de confirmer notre thèse ou de l'infirmier. Quelle est l'attitude de la Cour Permanente de Justice Internationale en face de cette alternative fondamentale : la primauté du droit sur l'Etat ou de l'Etat sur le droit ? Posée en termes si larges, la question ne trouve pas de réponse (le doute peut-il exister!) dans la jurisprudence de la Cour. Un tribunal ne tranche pas les problèmes philosophiques « ne discute pas des théories sociales »¹. Mais en descendant dans la réalité du droit positif, la question prend un aspect plus précis : la suprématie du droit international sur le droit interne. Le droit des gens positif en conflit avec le dogme sacro-saint de la souveraineté, avec les lois internes, avec les systèmes législatifs non universellement admis, ce problème comportant une solution logique en théorie, comment la Cour l'a-t-elle résolu?

Parmi les nombreux arrêts et avis que la Cour a rendus nous examinerons ceux qui nous intéressent plus particulièrement, nous en dégagerons les traits et esquisserons une doctrine.

1. V. l'avis n° 13.

PREMIÈRE PARTIE

Etudes théoriques générales

« Seulement voici ce que j'ai trouvé :
c'est que Dieu a créé l'homme
juste ; mais ils ont cherché beau-
coup de discours ». (Écclésiaste,
fils de David, VIII, 29).

CHAPITRE PREMIER

DROIT INTERNATIONAL ET SON FONDEMENT

Section première. Existence du droit international. —

Section II. Fondement du droit international.

Section I. — Existence du droit international

Les négateurs. Vice de raisonnement. Rejet de leur thèse.
L'observation des réalités sociologiques nous convainquent
de la réelle existence du droit international.

Le temps n'est pas loin, mais probablement passé pour toujours, où l'on démontrait dans les thèses écrites en latin l'inexistence du droit international. M. Le Fur, dans sa grande étude sur l'histoire du droit naturel¹, nous cite l'exemple du juriste hollandais Arnold Rotgers, *Dissertatio juridica inauguralis qua adstruitur ius gentium non dari*, Leyde, 1710. Le procédé était classique : on établissait une très libre définition du droit. On posait comme ses signes spécifiques la loi, la sanction,

1. A. D. I., *Recueil des Cours*, 1927, III, p. 263.

le juge. Puis on se tournait vers la vie internationale. On y constatait l'absence de ces éléments nécessaires. Et on déduisait triomphalement : le droit international n'est pas du droit. Le mot des négateurs était « Ni code, ni tribunal, ni force publique ». Or, cette façon de raisonner pêche dans sa base même. Il est permis logiquement de partir de n'importe quel concept aprioriste, mais tant que cette affirmation première n'est pas un axiome évident, il est impossible d'arriver à une conclusion sérieuse. Dans la recherche scientifique de tels résultats sont relatifs, sans valeur absolue.

Un lointain précurseur des négateurs du droit des gens est Carnéade, dans l'antiquité. Grotius, lui, s'élève contre la théorie de la négation. Son successeur Pufendorf s'y rallie, au contraire. Cet auteur ne voyant aucune autorité compétente pour ordonner et sanctionner la règle internationale, lui déniait tout caractère juridique. Elle n'est que morale, naturelle. On assiste depuis à une préférence prononcée des philosophes allemands (Kant, Hegel) pour la négation, dans ses différents aspects, du droit international. Dans la littérature française on rencontre dans les écrits de Rousseau et de Voltaire des germes, des éléments, des constructions niant le droit des gens.

Mais le Super-Etat, l'autorité, la contrainte est-elle le critère essentiel, l'attribut indispensable au droit? M. Carré de Malberg, formaliste parfait, déclare froidement que le droit est sans aucun rapport avec la justice. Le droit, c'est la loi, rien que la loi. Le reste est erreur. Est-ce vrai? La sanction est-elle le *signum specificum* du droit? Nous avons trouvé dans la thèse de M. Chkla-

ver¹ une réponse simple et forte. Non, la sanction n'est pas de l'essence du droit :

1. Parce que si on remonte la chaîne des sanctions, on arrive fatalement à une norme dont le fondement est métajuridique, car la chaîne des sanctions ne saurait être prolongée jusqu'à l'infini. Donc cette norme ultime de droit sera dépourvue de sanction positive.

2° Le droit constitutionnel n'a pas de sanctions, en principe.

3° Un lumineux argument : si la valeur juridique d'une règle pouvait être détruite par le fait que la violation de cette règle reste impunie, rien n'existerait, ni le droit constitutionnel, ni même le droit civil.

Le droit international donc, sans présenter la perfection extérieure du droit interne, reste du droit. La thèse de la négation est fausse, contraire à la réalité, stérile.

Combien plus utile nous paraît la méthode féconde de Vitoria, qui, des quelques règles de droit gouvernant alors les Etats, induisait l'existence de la société internationale. Renverser les termes du syllogisme nous semble cependant plus exact. L'aspect du monde a beaucoup changé depuis Vitoria. La vie entre les nations existe et n'exige plus de démonstration. « Au XIX^e siècle, les relations entre Etats ont pris un caractère social par opposition au caractère individualiste rigide qu'elles avaient presque exclusivement dans les siècles précédents². »

Bien que nous pensions qu'il est superflu, à l'heure actuelle, d'examiner sérieusement le problème de la

1. *Le Droit international dans ses rapports avec la philosophie du droit*, thèse, Paris, 1929, p. 177.

2. Anzilotti, *Cours de droit international*, traduit par M. Gidel, 1929, p. 14.

réalité du droit international, nous allons exposer brièvement le processus de notre conviction. A l'encontre des déductions des négateurs du droit international, nous répondrons qu'on ne peut contester l'existence de certaines règles de conduite dans toute vie sociale. Or, ces règles de conduite constituent le droit : on sait, on observe qu'il a existé dans tous les temps. Deux arguments à l'appui : 1° l'impossibilité d'une vie en commun sans règles (argument sociologique) ; 2° tous les hommes ont possédé et possèdent le sens du juste, le sentiment de la justice (argument psychologique).¹

Nous aboutissons donc au raisonnement final suivant : Aucune société ne peut vivre sans une règle de vie. Cette règle de vie s'appelle droit. Il existe certainement une société internationale. Donc, il y a un droit international.

Section II. — Fondement du droit international.

Nécessité d'étudier le problème plus large de la naissance du droit. Sens des termes *fondement* et *source*.

Nous pensons qu'il faut, pour traiter avec quelque précision le fondement du droit international, étudier d'abord le problème général de l'origine du droit. Il est, en effet, impossible de ne pas tenir compte dans une présentation théorique, de la source du droit en général. Des difficultés épineuses vont surgir et se dresser devant nous. Nous les abordons malgré notre certitude qu'on ne résoudra jamais, à la satisfaction de tous les hommes, ces questions séculaires si discutées. Il y aurait vanité à croire cela.

Nous ne pouvons, hélas, rien dire de nouveau, de décisif. Tout simplement, au cours de notre exposé, nous laisserons voir notre sentiment, notre préférence pour l'une des nombreuses théories que les maîtres de la discipline juridique nous ont apprises.

Et d'abord, il sera nécessaire de fixer les notions, d'exposer ce qu'on entend par le fondement du droit.

On a coutume d'appeler *fondement* les causes créatrices du droit, sa naissance, l'origine de son signe essentiel : obligation à la règle; et l'explication philosophique, métaphysique de ce caractère obligatoire. Pour désigner cela, on emploie les termes : fondement réel, matériel, objectif, dernier, ultime fondement, base essentielle, origine véritable, cause première; en allemand *Ursache*.

Par la *source* juridique, formelle, positive, technique, secondaire, dérivée, on comprend le moment qui donne à une norme sa positivité, qui l'enveloppe des signes de vie réelle, pratique.

Nous évoquerons ici l'image d'Oppenheim¹ : le droit c'est comme un cours d'eau; l'origine formelle, la source, c'est la provenance, le lieu où l'eau jaillit; mais c'est ce qui détermine ce jaillissement spontané, qui constitue la base véritable, la cause première et fondamentale du droit.

Mais les frontières entre le *fondement* et la *source* ne sont ni précises, ni facilement précisables. (Les auteurs sont loin d'être unanimes sur le facteur qui *positivise* le droit.) On emploie donc ces termes dans le sens précité pour la facilité du langage. Malheureusement, cette *facilité* est la cause de beaucoup de *difficultés*, de malen-

1. Rapportée par M. Ch. de Visscher. La codification du droit international, *Recueil des Cours*, A. D. I., 1925, p. 345.

tendus, de discussions purement verbales. Le mieux est d'être sincère et clair si l'on peut. Nous tâcherons d'ajouter toujours un adjectif à ces notions à double sens. Cette bonne volonté ne sera certes pas suffisante à nous défendre contre les erreurs, les inexactitudes et les contradictions. Mais elles ne seront pas commises sciemment. Or, il est un principe, tant évangélique que juridique, que la faute inconsciente pèse moins lourd devant le juge.

§ 1. — PROBLÈME GÉNÉRAL DE L'ORIGINE DU DROIT

I. La raison et la foi. — II. Droit naturel et droit positif. — III. Critique du positivisme. — IV. Les trois phases d'une norme. — V. Synthèse.

I. Relativité de notre savoir. L'explication philosophique de la vertu obligatoire du droit est-elle possible ? Recours à la foi.

Les sciences naturelles vivent sous le signe de la relativité. Le bouleversement récent de certaines lois séculaires l'a accentué. On peut dire, ici, que ce signe a toujours existé dans notre science juridique.

Sur le terrain des connaissances, l'homme se trouve impuissant entre les deux infinis (Pascal). Il ne peut saisir ni la cause première des choses, ni voir le but final. Telle est la nature imparfaite de l'homme, telle est la construction de son esprit.

Où donc puiser une conviction si tout est incertain, comme le disait sceptiquement Montaigne ? Dans Montaigne lui-même, qui ajoutait : il y a une seule certitude, la foi. Sous l'égide de nombreux juristes philosophes

(Gény, Renard, Le Fur, Brierly...) qui n'hésitent pas à considérer la foi comme indispensable à la science, nous prendrons la même attitude : c'est l'acte de foi, c'est la croyance qui va nous convaincre là où les moyens scientifiques feront défaut¹.

Dans le débat complexe de l'ultime fondement du droit, nous aurions pris volontiers une position de doute, de méfiance prudente; et de modestie du philosophe grec : *scio me nihil scire*. Mais ce serait trop commode et... cela ne ferait pas une thèse!

Tournons-nous donc vers cet autre sage, et tout en exposant force idées et systèmes, n'oublions pas sa fine réserve : que sais-je? Et vraiment que savons-nous? On a beau lire les doctrines savantes, admirer les thèses logiques, s'enthousiasmer pour les constructions séduisantes; on a beau réfuter les théories et soumettre au feu de la critique les arguments... y trouve-t-on quelque chose de fixe, de sûr? Dès qu'on quitte le terrain positif de la loi, du droit précisé et appliqué, on erre dans un vaste domaine où poussent de belles hypothèses du droit naturel, de la justice objective; de longues controverses philosophiques, sociologiques, psychologiques. Ce domaine est certes très travaillé et exploré, mais jamais complètement éclairé. La réponse à la question fatale, — la solution de l'énigme, vieille comme le monde, de l'origine, de la valeur, de la force obligatoire du droit

1. Malgré la déclaration de Mlle A. Piot qui conteste la « mystique » du droit naturel (*Le Droit naturel et le Réalisme*, Paris, 1930, p. 109) et ne croit qu'aux résultats de la raison raisonnante. C'est simple! Autant dire : je ne crois à rien. Car tous les philosophes, juristes, savants, sont d'accord sur l'impossibilité de prouver le point de départ. « La logique pure n'est pas la grande loi de la vie » (Le Fur). « Rien n'est juste ni vrai en soi, si l'on suit seulement la raison », disait Pascal. Dostoïewski, ce penseur profond, n'a-t-il pas écrit « méfiez-vous de l'homme qui raisonne trop ».

— nous ne la voyons pas. Pourquoi la règle de droit nous lie-t-elle moralement? Pourquoi lui obéissons-nous? Dans la marche ascendante vers la révélation, nous arrivons à une halte. Et ici nous ne pouvons plus trouver, ni comprendre la cause antérieure, la cause créatrice de notre base.

Nous devons répondre à ce problème insoluble : *ignoramus*. Nous ne pouvons pas prouver l'obligation morale de l'obéissance à la règle. Il y a des choses qu'on ne peut pas prouver. Si tout devait l'être, rien ne le serait. Pascal déjà, dans l'exposé de sa méthode géométrique, conseillait de ne pas chercher à démontrer les axiomes, les vérités évidentes.

Nous devinons donc, mais nous ne connaissons pas la cause première. Sans en concevoir l'essence, nous croyons à son existence. L'imperfection de l'homme est heureusement compensée par la foi constructive.

Relisons cette déclaration de M. G. Renard¹ : « Il y a un acte de foi inévitable à l'origine de toute activité de l'esprit; et toute notre philosophie et toute notre science sont suspendues à une croyance. Crois ou meurs : tel est le dilemme posé à notre esprit par sa propre constitution ».

Dans son excellent article « Matérialisme et idéalisme juridiques », M. Marcel Nast² expose la même pensée : « Le droit lui-même n'est qu'une idée et cette idée repose sur une croyance, de même que la science qui repose elle aussi sur une croyance, acte de foi en la raison et en l'intelligence ».

1. *Le droit, la justice et la volonté*, p. 13.

2. *Revue internationale de la théorie du droit*, année 1929/30, p. 170.

Résumons-nous. Certes, ce n'est pas l'Etat, ce n'est pas la loi qui nous fournira l'explication du caractère obligatoire du droit. Nous sommes dans les terres métajuridiques. Commençons par accepter, par exemple, comme fondement matériel le droit naturel qui contient le grand principe : respect de la parole donnée. Mais pourquoi sommes-nous liés? Parce que nous avons le sentiment de la justice. Et la Justice où puise-t-elle cette *vis obligandi*? Elle existe comme telle, elle est Dieu. Et ici il faut croire.

II. *La grande controverse : droit naturel ou droit positif ? Position des termes opposés.*

On donnera au *droit naturel* le sens tout récent que l'histoire des doctrines juridiques lui a attribué. Une renaissance, un rajeunissement de l'idée du droit naturel a eu lieu. Un de ses plus grands défenseurs actuels, M. le professeur Le Fur¹ regrette que beaucoup aient encore dans l'esprit la conception fausse des droits naturels immuables, résidu d'un isolement antérieur à la vie en société. Cette vue périmée, résultat de l'altération, de la défiguration qui s'est produite dans la théorie du droit naturel au XVIII^e siècle, ne tient pas compte de son rétablissement, du retour actuel à la vieille conception traditionnelle, véritable et exacte.

Et le *droit positif*? C'est la conception que le droit

1. Ses principaux écrits à ce sujet sont : *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne*, Recueil A. D. I., 1927, III pp. 263-440. *Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique. Leur rôle dans la formation du droit international*. Revue de droit international, 1927, p. 657; *Le fondement du droit*, dans *Les Lettres*, nov. déc. 1925, janvier 1926.

n'est que la loi, le produit de la volonté des gouvernants. Y a-t-il donc deux droits différents, dualisme absolu? Ou y a-t-il unité du droit, monisme? La célèbre controverse s'analyse ainsi : dans toute science et dans tout art, on rencontre les idéalistes, les spiritualistes d'un côté, et les matérialistes, les positivistes de l'autre. Ceux qui croient à l'âme, et ceux qui la nient. Ceux qui expliquent les phénomènes métaphysiquement, et ceux qui les traitent dans le cadre de la physique. On les retrouve de même dans la science juridique. Le droit est-il la matière seulement, le corps, ce qu'on voit, ce à quoi on obéit, ce qu'on sanctionne? Ou existe-t-il comme droit avant de toucher cette terre, avant d'être proclamé et pratiqué par les hommes? Les partisans du droit naturel répondent : à part le corps, il y a l'âme du droit, surtout l'âme. Et les positivistes : nous ne voyons que le corps.

Ce sont les deux grands courants dans la vie de la pensée juridique.

L'école du droit naturel, école rationaliste, philosophique voit cette âme dans la justice indépendante et éternelle, une et seule. La justice nourrit le droit, le définit, le forme et lui fournit la base morale et les « vrais principes ». C'est le droit naturel indispensable à la société, le seul vrai et complet. Mais pour les adeptes de l'autre école, positive, sociologique, historique, tout cela n'a aucune importance juridique. Le droit n'est que ce que l'Etat a formulé et sanctionné, il n'est que les règles existantes et appliquées, donc celles qui sont *voulues* et imposées par le législateur. La force obligatoire prend naissance dans la puissance étatique, dans la forme que revêt cette puissance. Toutes considérations

de morale, de justice, de bien commun sont à bannir des terres purement juridiques. Leur place est dans la psychologie, dans la sociologie. Un positiviste ne veut rien entendre de ces complications inutiles, de ces recherches utopiques. Il demeure ferme et solide, formaliste et technicien sur son terrain de la loi positive.

III. *Examen critique du positivisme.*

1. *Question de la méthode.* L'idéal positiviste est la méthode historique, la constatation des faits et leur examen inductif, l'empirisme pur. Mais on se demande : ce précepte est-il suivi et peut-il l'être pratiquement? Ensuite : même si cette méthode était réalisée, serait-elle vraiment la seule bonne et suffisante?

A. — Sur le premier point, invoquons l'autorité de M. le professeur Le Fur. M. Le Fur en analysant l'œuvre du positiviste anglais Lawrence y a trouvé de nombreuses inconséquences. Cet auteur, au cours de l'examen des règles positives du droit international, invoque souvent comme argument les raisons d' « humanité », d' « ordre international », de « devoir social ». Pour une école qui se vante de ne travailler qu'avec l'expérience, l'observation, les voies empiriques, c'est une contradiction flagrante. Et l'aveu implicite, en même temps, qu'on ne peut éviter l'appel à la justice cette « directive suprême », ce « concept-ultime », « concept-critère » du droit¹; qu'on ne peut s'enfermer dans la tour absolue d'une méthode positive. Et le même grief est adressé par M. Le Fur à d'autres juristes².

1. V. Kraus, La Morale internationale, *Recueil des Cours A. D. I.*, 1927, I, p. 503.

2. La théorie du droit naturel, *Rec. A. D. I.*, 1927, III, pp. 396, 397.

M. D. Anzilotti, chef de l'école italienne, et positiviste lui-même, dans son *Cours de droit international* dénonce, à propos des théories sur l'Etat, la double erreur suivante de la doctrine positiviste : 1° de chercher ce qu'il faut alors qu'il faudrait voir « ce qui est » ; 2. de puiser son concept dans une autre science (sociologie), alors qu'elle devrait se confiner dans le domaine de la science juridique normative pure. C'est l'aveu explicite de l'impossibilité pratique de suivre rigoureusement le programme de la « science normative pure ».

M. J. Brierly écrit : « Le positivisme trahit sa propre profession de foi quand il implique que le droit puisse être réduit à une série de propositions formulées, car il omet d'observer que la pratique internationale admet habituellement le recours au droit naturel ou à la raison, et il outrepassa sa fonction lorsqu'il se considère comme un système de philosophie du droit, en enseignant que l'obligation peut trouver sa source ultime dans les volontés consentantes de ceux qu'assujettit le droit »¹.

B. — Deuxième point : L'empirisme suffit-il, est-il la seule source de connaissance scientifique? Le rôle dominant de l'expérience, de la pure induction a été indiqué par les positivistes dans toutes les branches du savoir humain. Ce que fut pour la philosophie Auguste Comte, au point de vue de l'introduction de cette méthode « positive », James le fut pour la psychologie, et les Allemands Binding et Berghbohm, pour le droit. Les mérites de cette méthode sont réels, grands et indéniables. Parmi les juristes modernes, elle compte de nom-

1. Le fondement du caractère obligatoire du droit international, *Recueil des Cours*, A. D. I., 1929, III, p. 488.

breux partisans : Triepel, Duguit, Basdevant, Anzilotti. Mais il ne faut pas exagérer sa place, ni son importance. Il faut en user avec mesure. La méthode *a posteriori* n'est ni exclusive, ni la seule. L'apriorisme, condamné et banni par les positivistes, est indispensable dans un certain sens, à toute connaissance.

M. Le Fur, éclectique, préconise l'emploi judicieux et adéquat des deux méthodes. Il n'y a pas d'exclusivité entre elles. Les paroles donc du professeur américain M. J.-W. Garner nous semblent être trop absolues : « L'esprit et la méthode de toute vraie science sont inductifs et non déductifs. La vraie science rejette tous les arguments *a priori*, les idées purement abstraites... »¹.

Cet anathème contre le dogmatisme (méthodisme, déduction, raisonnement) nous semble incompréhensible, tout au moins injustifié.

Les condamnations trop caractéristiques contiennent toujours une part d'injustice, d'erreur. Il en est de même ici. Il est vrai que les différentes sciences doivent être traitées suivant les méthodes appropriées. Pour chaque ordre d'objets il faut un autre procédé. Mais cela ne veut pas dire l'exclusivité, l'isolement absolu. Dans les sciences naturelles, l'empirie prédomine, joue le rôle capital; tandis que les sciences normatives : la

1. Cité par M. J. Fischer Williams dans la *R. G. D. I. P.*, 1928, p. 367. Mais ce jugement de M. Garner sur la science est précisément une « idée abstraite », une définition « à priori ». Le caractère, la nature de la science ne peut pas être établie empiriquement. Le concept « science » est par lui-même déductif, abstrait, libre; (improuvable, incontrôlable par les faits, par l'observation, par l'expérience).

La science donc est abstraite. L'abstraction est de son essence même. Parce que la science analyse la vie juridique; et elle s'adresse à l'esprit, à l'intelligence, à la raison de l'homme pour trouver la vérité juridique. Son instrument dans cette recherche est la notion, l'idée.

morale, le droit, exigent certainement une autre méthode.

Ainsi, il sera critiquable de déduire, par exemple, le système céleste d'une idée librement posée et non démontrée, d'un chiffre fixé arbitrairement, d'une conception d'harmonie aprioriste, comme le faisaient autrefois les astronomes (Kepler). On ne peut créer *a priori* les lois qui gouvernent la nature. Il faut d'abord contempler, observer cette nature, l'examiner; chercher ces lois, les surveiller. Expérimenter! Et alors on *constate* les lois physiques (on ne les invente pas). Notre raison les déclare, les contrôle.

Mais, comme l'expose avec clarté M. A. Verdross¹, la même méthode n'est pas applicable à la science normative qu'est le droit (Sollen) et aux sciences de la nature (Sein). On peut bien observer la régularité d'une certaine conduite humaine, prouver qu'on obéit régulièrement à une certaine norme, mais on ne démontre jamais l'impératif de cette norme. Pourquoi obéissons-nous? L'existence de ce pourquoi, l'explication de ce devoir ne peut pas être trouvée par l'empirisme. Nous sentons le juste et le suivons. On est dans le domaine des axiomes. Une autre méthode s'impose.

Ainsi donc, lorsqu'on lit chez un juriste cette phrase : La parenté qui unit les problèmes moraux aux questions juridiques consiste en ce que les uns et les autres peuvent être reconnus seulement par l'expérience², on se demande ce que l'auteur a voulu dire. S'agit-il de la constatation du droit, de la naissance, de la formation

1. Fondement du droit international, *Recueil des Cours*, A. D. I., 1927, I, p. 281.

2. Kraus, La Morale internationale, *Recueil des Cours*, A. D. I., 1927, I, p. 391.

d'une règle juridique? Alors, évidemment, il n'y a aucune possibilité de formuler des jugements moraux, sans l'expérience et sans l'observation. S'ensuit-il, comme le pense M. Kraus, que les autres problèmes de la discipline juridique, (la construction doctrinale, l'investigation théorique) doivent également être traités selon les voies empiriques? Non! On se demande comment prouver par les faits vécus et observés, par les données empiriques, l'exactitude de telle construction savante, de tel concept doctrinal. Ici l'hypothèse libre, la logique et sa technique sont au premier plan. Il y aurait erreur de connaissance à croire que les concepts juridiques sont tirés des faits, des « réalités historiques ». M. Spiropoulos¹ fait observer qu'au lieu de se rappeler le caractère *a priori* des concepts juridiques, on a pris l'habitude de les considérer comme l'expression des constatations « empiriques ».

M. Marcel Nast² réagit aussi contre les excès du matérialisme. Tout est au fond l'œuvre de l'esprit humain. Aussi bien le droit que les prétendues « lois » physiques, qui ne sont que des conceptions rationnelles, des représentations intellectuelles, que l'homme se fait de la nature.

2. *La pureté de la discipline juridique.* Les positivistes désapprouvent l'immixtion de la philosophie dans le droit. Mais on se demande justement si l'on peut s'en passer; si l'homme peut vraiment isoler dans sa vie l'activité juridique de tout autre phénomène vital. Il sem-

1. *Théorie générale du droit international*, Paris, 1930.

2. Idéalisme et matérialisme juridiques, *Revue internationale de la théorie du droit*, 1929/30, p. 173.

ble, la réponse est universelle, que non : la vie ne se compose pas que de réalité, que de choses matérielles, mais aussi d'idées, de croyances, de préjugés. L'*homo juridicus* dont les actes seraient déterminés exclusivement par les règles du droit, est une pure création de l'esprit, être hypothétique, postulat indémontrable et irréalisable. Comme l'a bien dit M. Brierly¹ : « Nous sommes tous contraints d'agir comme si nous étions convaincus de la réalité d'un ordre objectif, à la fois physique et moral, si nous voulons continuer à vivre et à agir ». On a dit avec raison, que l'homme fait de la philosophie comme il respire².

Les positivistes repoussent encore cette intrusion de l'idéologie et de la métaphysique dans le droit, parce qu'elle détruit la pureté de la science juridique. Mais le concept du *droit pur* est un postulat non démontré, tout comme la définition aprioriste : le droit c'est la règle formulée et sanctionnée par l'Etat³.

1. Fondement du caractère obligatoire du droit international, *Recueil des Cours A. D. I.*, 1928, III, p. 549.

2. Le reproche est souvent fait aux jurisconsultes français d'être philosophes. M. C. Vitta dans les « *Divergenze nella dottrina italiana sui principi fondamentali del diritto internazionale pubblico* » (*Rivista di diritto internazionale*, 1929, p. 507), écrit : « ...la rigueur juridique de ces deux auteurs (il s'agit de Duguit et Hauriou) est certainement moins grande que celle des Allemands, parce qu'ils ne savent pas se dépouiller de cette philosophie juridique, qui est une tradition dans les juristes français... » Mais c'est une tradition admirable ! La mesure et la souplesse sont le propre du génie latin, et il est étonnant de voir un auteur italien trouver dans la « rigueur » juridique une qualité supérieure.

3. M. Spiropoulos dans son livre « *La théorie générale du droit international* » étudie le problème de construction doctrinale, et montre que toutes les hypothèses libres des savants ne sont pas attaquables quant à leur diversité. Une hypothèse, point de départ aprioriste, ne peut être ni confirmée ni infirmée par les faits, par l'expérience. La seule critique permise est la critique immanente, c'est-à-dire la recherche des contradictions logiques qu'une construction juridique pourrait contenir.

L'objection de la pureté du droit est donc inutile, sans portée, nulle et inexistante, une simple hypothèse ne pouvant servir d'argument.

3. *Argument relativiste contre l'existence du droit naturel.*

Nous parlons du droit au sens du « *ius perenne* », droit naturel à fondement moral. C'est dans l'homme, être sensible, que nous le trouvons. La nature morte et muette ne peut nous l'enseigner. Mais l'homme n'en est pas créateur. Sa volonté ne peut ni créer, ni tuer le droit. L'homme en a le sentiment, la sensation, et sa raison le constate et l'analyse.

Est-il juste de dire comme le font les positivistes : laissons aux philosophes, aux métaphysiciens, aux idéalistes le soin de discourir et de discuter sur la justice, le droit naturel, la raison suprême, ces notions vagues et imprécises, subjectives et changeantes; nous partons d'un point précis, nous nous appuyons sur une donnée fixe, sur le positif.

Cette argumentation de l'école positiviste n'est pas assez soucieuse des vérités historiques, ni de la conciliation scientifique de ces vérités. Et d'abord de quoi s'agit-il? Du sens du juste, qui est aussi indéniable que les sens physiques! La théorie psychologique des « sens spirituels ou moraux » nous apprend que tout individu possède les notions du beau, du bien, du juste¹.

1. Mlle A. Piot, *Le Droit Naturel et le Réalisme*, thèse Paris, 1930, p. 109, déclare dans le chapitre consacré aux théories de M. Le Fur : « je ne crois pas à l'existence des sens spirituels ». Mlle Piot ne croit qu'à ce que révèle la raison raisonnante... Cette négation frontale de tout ce qui n'est pas démontré par le raisonnement pur, nous paraît excessive, trop intransigente. Les opérations de l'intelligence ne peuvent rien engendrer sans éléments préalables. Or, la logique est impuissante à créer ces premiers éléments. *Nihil in intellectu quod non fuerit in sensu*. Comment alors exiger la preuve scientifique de l'existence de ce qui fut dans les sens ! « Le syllogisme n'aide pas à l'invention des vérités premières, il en développe les conséquences ». (A. Pillet, *Introduction aux Fondateurs*).

On a constaté par l'observation et par l'introspection que ce *donné* du juste a été senti par l'homme toujours et partout. Il est donc certain, universel. C'est précisément un point de départ sûr, objectif, idéalement fixe.

Comment donc! objectent les relativistes, l'image que les peuples et les époques se font de la justice est essentiellement variable et relative. La seule réalité visible ce sont les règles morales subjectives; la Conscience, la grande Justice, n'existe pas, n'est qu'une chimère¹.

C'est Stammler qui a fourni aux positivistes ce très fort argument : l'instabilité de la notion de justice, droit naturel à contenu variable. Ce relativisme était l'arme préférée de l'école positiviste contre le droit naturel, ce droit perpétuellement changeant, sujet aux variations dans le temps et l'espace, suivant les civilisations et les circonstances. Mais aujourd'hui les naturalistes ont victorieusement répondu à ces attaques. Comme toujours la solution se trouve au milieu. Question de mesure, comme dit M. Le Fur. Toute la vie est un problème de mesure. Le droit naturel n'est ni un code immuable, éternel, inchangeable, aux préceptes tout faits; ni un cadre où les notions passent arbitrairement, sans raison, sans système, au hasard.

Oui, le droit naturel a un fond stable, c'est la nature humaine qui ne change pas, c'est l'idée du juste, de la

1. M. Ripert dira (*Droit naturel et Positivisme juridique*) : « ...le Droit n'a pas d'existence réelle en dehors des formes changeantes sous lesquelles il apparaît... » (Annal. Fac. Aix, 1918, p. 46).

Les formes d'une chose peuvent-elles nous *apparaître* sans que cette chose ait un contenu, une existence réelle ? Mais l'existence des formes est un epreuve *a fortiori* de l'existence du contenu ! Le désaccord sur la nature de ce contenu, constitue un autre problème, et ne peut être invoqué contre l'objectivité d'une valeur morale, comme le Droit, contre la réalité de son existence.

justice. Mais sur ces données fondamentales l'humanité brode un droit humain, pratique, souple, s'adaptant à la vie. L'homme le découvre par sa raison et cherche à le mettre à l'œuvre. On l'appelle droit naturel à contenu progressif, ou mieux droit rationnel, scientifique. (Nous optons pour le terme *rationnel*. Il a été proposé par l'éminent professeur M. Le Fur. Désignant un droit dégagé par les efforts de la raison dont le procédé est perpétuellement le même, il évite l'impression d'être une conception doctrinale, une création arbitraire des savants).

A l'affirmation que la conscience n'est qu'une utopie (critique relativiste), nous répondrons avec M. Verdross¹ qu'il ne faut pas confondre la justice absolue avec les sentiments subjectifs de justice. Les principes de justice, valeur objective et absolue, existent dans une sphère idéale, comme les vérités mathématiques. Nous essayons de les reconnaître et de les appliquer, mais ces tentatives sont fatalement subjectives et différentes. De l'impossibilité de réaliser une chose on ne peut encore tirer son inexistence. Y a-t-il un géomètre qui a réalisé le cercle idéal ? Et pourtant ce cercle existe.

Mais n'a-t-on pas accentué par là l'antinomie du problème ? Peut-on trouver une solution concevable et conciliable, qui supprimerait la contradiction de ces deux phénomènes : 1° pluralité de systèmes de justice ; 2° conscience de chacun d'eux d'être seul en possession des vrais principes ? L'école philosophique, dite phénoménologique, en traitant le même problème sur le terrain éthique, répond affirmativement. Hartmann (« *Ethik* »)

1. Le fondement du droit international, *Recueil des Cours*, A. D. I., 1927, I, p. 284.

montre que la thèse d'une éthique objective et celle des systèmes moraux *différents* ne sont pas contradictoires : « chaque système moral ne peut embrasser qu'une certaine partie du monde objectif des idées éthiques en négligeant les autres. Cette étroitesse de notre conscience des valeurs (*Enge des Wertbewusstseins*) explique le fait qu'un système moral accepte comme valeur suprême une idée qu'un autre système ne voit pas du tout, où à laquelle il reconnaît un rang subordonné »¹.

L'objection fondamentale des positivistes tombe donc. Et alors leur point de départ (la loi positive, le droit positif) ne peut nous satisfaire. Leur base s'analyse en la volonté de l'homme. On ne peut pas partir de la volonté de l'homme dans ce domaine.

4. *La thèse volontariste.* Cela nous conduit à rechercher et examiner la source du droit positif. Une norme qui est juridique, quand, comment, devient-elle positive? (frontière entre la juridicité et la positivité).

La question est de savoir si le droit a une origine volontariste, produit de la volonté humaine ou s'il a une origine objective, produit d'éléments qui sont extérieurs à la conscience et à la volonté de l'homme. (Est analogue la vieille querelle des nominalistes et réalistes, au Moyen-âge. La morale est-elle une création arbitraire, ou sa naissance positive doit-elle obéir aux cadres réels, objectifs?)

On ne cherchera plus la cause de la norme moralement, le pourquoi de l'obligation de la règle, mais l'origine de ce droit qui est en vigueur, droit appliqué, droit

1. Verdross, *eod. loc.*, p. 285.

positif. Sur quoi s'appuie-t-il, comment expliquer juridiquement sa création et sa validité ?

Il faut donc, la normativité du droit une fois constatée et acceptée, scruter le moment, l'événement qui rend la règle juridique vivante, réellement acceptée et suivie, bref positive. Est-ce l'homme, par sa volonté, sa libre décision ? Ou ici encore le facteur qui *positivise* le droit ne peut-il pas être arbitraire ? Cela dépend du concept de la positivité.

M. Bonnard ¹ a répondu à l'intransigeance des dualistes par un système sévèrement moniste. Il a voulu écarter la grave objection des positivistes, qui tirent le dualisme du droit de la différence des sources des deux droits (1° le droit naturel est donné à l'homme objectivement : base matérielle; 2° l'homme crée artificiellement la norme du droit positif : base formelle), et constatent l'impossibilité logique de ce dualisme en vertu du principe de non-contradiction : les deux droits ayant le même objet : régler la conduite humaine, pourraient comporter sur un point donné des normes contradictoires. Or, une chose ne peut pas à la fois être et ne pas être.

Mais M. Bonnard nie la source volontariste du droit. En prouvant qu'il n'y a pas deux sources des deux droits (« La valeur du droit ne peut avoir qu'une source matérielle »), il supprimera le dualisme rigoureux des positivistes, et montrera que dans la distinction du droit naturel et du droit positif il n'y a que « deux aspects, deux qualités d'un seul et même droit ».

Pour cela il faut réviser, modifier le concept de la positivité du droit, celui du droit naturel étant juste. Il

1. Droit naturel et droit positif, *Revue internationale de la Théorie du droit*, 1928-29, p. 1.

faut démontrer que le droit positif, non plus, ne peut sortir de la volonté de l'homme.

La conception volontariste du droit est fausse. Pourquoi ? M. Bonnard distingue dans une norme son contenu et son impératif. Sont-ils créés par la volonté humaine ? La réponse « non » est hypothétique pour le contenu (pour éviter le normativisme arbitraire que l'hypothèse cherche à écarter), et catégorique pour l'impératif. « L'impératif, en effet ne peut qu'être extérieur à la volonté, parce que précisément il est élément de détermination de cette volonté. Celle-ci voulant en vertu de l'impératif, ne peut pas en même temps vouloir cet impératif. »

Donc cette conception volontariste du droit positif est critiquable, puisque l'impératif de la règle du droit (nous dirions le fondement réel, la vertu obligatoire de la norme) exige absolument une origine objective, par suite une origine de même nature que celle du droit naturel¹.

Conclusion : le dualisme se réduit ainsi à un monisme. L'argument dogmatique basé sur le principe de non-contradiction perd son objet. La positivité n'est qu'une forme, une qualité venant s'ajouter au droit sans en modifier l'essence².

1. La thèse volontariste est généralement rejetée. Des autorités comme Duguit, comme Kelsen, nient le rôle créateur de la volonté. Elle n'est que la condition de l'application du droit. (V. Verdross, *Fondement du droit international*, A. D. I., 1927, I, p. 278).

La fonction essentielle du droit est de limiter les volontés de ceux à qui s'adressent ses commandements. Son autorité ne peut donc dériver des volontés qu'il (le droit) limite. L'auto-limitation est tout simplement une *contradictio in adjecto*.

2. Pour M. Bonnard le critère de la positivité est l'*efficiency* (Wirkung) de la norme, c'est-à-dire la représentation que se font les sujets de la norme : ceux-ci conçoivent que la norme doit être suivie. Il en faut soigneusement distinguer l'*efficacité* (Wirksamkeit) qui n'est qu'un état de fait dans la vie d'une norme : le fait d'être obéie. Dans la construction de M. Bonnard, le moment de la positivité de la règle

IV. *Les trois phases dans la vie d'une norme. Norme morale. Norme juridique. Norme juridique positive.*

Les conclusions auxquelles arrive sur le terrain du méthodisme pur M. Bonnard, sont acceptables, sous certaines réserves. Sa tendance à ramener le concept de la positivité à un caractère moins subjectiviste, l'idée sur laquelle il insiste, que le droit positif ne comporte pas une différence de source, d'origine, mais de qualité, de degré avec le droit naturel, peut être retenue. En effet, il est inconcevable qu'une norme qui a commencé par être une règle objective indépendante, s'imposant à l'homme, change soudainement sa nature véritable, et devienne une création arbitraire. Au contraire, elle conserve dans sa phase nouvelle ses origines éthiques. Sa caractéristique essentielle, l'objectivité, celle de la règle morale, celle de la règle juridique naturelle, reste la même. C'est seulement son aspect, sa force, son importance pratique qui ont changé.

L'unité foncière du droit, l'unité de nature, de substance, s'impose donc. Mais le monisme trop rigide serait aussi faux que le dualisme intransigeant. Si le droit positif n'est pas philosophiquement un élément essentiel du droit, il lui est cependant pratiquement indispensable. Un spiritualiste qui méconnaît cette vérité, commet la

juridique est peut-être sujet à la critique. Ne pourra-t-on lui reprocher les erreurs de la loi majoritaire, ce simple fait de la force. Cette objection, portée contre une des plus célèbres théories de la doctrine moderne française (Duguit, fait social de la solidarité, conviction de la masse des individus) sur le même terrain de la naissance de la norme, pourrait être encore adressée à cette autre définition de M. R. Capitant (Introduction à l'étude de l'illicite, thèse 1928, p. 163), « La validité d'une règle est positive si elle est reconnue par la généralité du groupe social ». Le principe de la majorité comme mesure, comme critère dans ces domaines est très discutable.

même erreur qu'un positiviste, en déclarant qu'on peut se passer du droit naturel.

C'est ici que nous formulons des réserves au sujet de l'intransigeance du système de M. Bonnard. Cet auteur dans la lutte contre le positivisme exclusif, qui nie le droit naturel, retombe dans l'exagération opposée. Il n'admet aucune nuance. Si la volonté ne *fonde* pas le droit, et il vient de le prouver, elle n'a rien à faire dans le processus du droit. Celui qui admettrait le rôle, ne fut-ce que minime, de la volonté de l'homme dans la création de la règle juridique, deviendrait *ipso facto* un volontariste complet. Ce que M. Bonnard reproche d'ailleurs à M. Le Fur, en le rangeant parmi les positivistes. Or, c'est certainement aller trop loin dans l'outrance du monisme. M. Le Fur ne manque pas de le relever : « Ainsi le droit positif ne dépendrait *aucunement* de la volonté du législateur ! » Mais on ne peut ne pas reconnaître « conformément à une vérité d'observation évidente qu'il y a dans la loi positive une part de volonté. » Objecte-t-on que c'est là une concession à l'arbitraire, qu'aucune réserve ne pourra dès lors sauver le principe, que la contradiction renaîtra : le droit positif pouvant ne pas être toujours le même que le droit naturel, M. Le Fur observe : « Alors le droit positif contraire au droit naturel n'est pas du droit ? »¹.

Ainsi ce dilemme strict, cette solution de M. Bonnard, présenterait peut-être un avantage au point de vue logique, mais elle est irréaliste. La formule traditionnelle du droit naturel exprime mieux la réalité : malgré l'unité de fond il y a *deux éléments distinctifs* dans le droit. La

1. V. Préface à la thèse de M. Delos, *La Société internationale et les principes du droit public*, Paris, 1928, pp. XII note 2, XIII.

découverte du droit, l'élaboration du droit positif est tâche malaisée et laborieuse, longue et complexe. Le législateur peut se tromper.

Quant au critérium de la positivité, quant au moment séparatif, distinctif de ces deux éléments du droit, la difficulté reste. Le problème du commencement de l'étape positive de la règle de droit (qu'il faut peut-être distinguer de sa déclaration formelle par le législateur) est un problème analogue à celui de la naissance de la règle juridique naturelle; mais il est inférieur en grandeur, postérieur dans le développement d'une norme. Le rejet total et catégorique de la volonté de l'homme n'en a pas facilité la solution. La raison de cette complexité réside dans le fait que c'est dans l'homme que tous les phénomènes d'une règle, depuis son devenir comme norme morale, jusqu'à son achèvement comme norme positive, se manifestent. L'élément primordial, objectif, naturel est *donné* à l'homme. Il le sent. L'opération par laquelle l'élément positif s'y ajoute a lieu aussi dans l'homme. Le critère se trouve donc à la frontière de ces événements : l'un céleste, l'autre purement terrestre. Mais si cela est aisé à concevoir théoriquement, le moment *chronologique* séparateur est pratiquement difficile à déterminer.

C'est un de ces trois problèmes, des trois énigmes, qu'une norme soulève dans ses différents stades : elle naît comme norme, croît et devient norme juridique, finalement s'affermir comme norme de droit positif. Les frontières de ces trois stades sont confuses et leur délimitation délicate.

Si le premier problème, le fondement de la norme,

l'explication de son impératif est nettement insoluble¹, les deux autres limites l'une entre la normativité et la juridicité, l'autre entre la juridicité et la positivité, sont peut-être non moins insolubles, mais se prêtent plus facilement à l'investigation philosophique, à la recherche scientifique.

Examen de la frontière entre la norme et la norme de droit.

Quel est le fait, le moment, qui transforme une norme simple en une **norme juridique** ? Nous revenons par un autre chemin, au problème capital, au fondement du droit, à la recherche de l'élément objectif producteur du droit.

Voici une norme, simple règle morale par exemple : il faut aimer son prochain. Pourquoi ? On ne le sait pas. Mais cette norme n'est pas encore juridique. Quand le deviendra-t-elle ? On le saurait peut-être si une différence précise pouvait être établie entre la morale et le droit².

1. V. *supra*, p. 12.

2. Or, la délimitation entre ces deux sciences est loin d'être tracée ! « Les frontières entre le droit et la morale sont imprécises » (Le Fur). Les civilistes français MM. Ripert et Josserand ont démontré l'impossibilité pratique qu'il y a à séparer la morale et le droit. Mais la tâche théorique de la discrimination est encore plus malaisée. En effet, l'étude des critères recherchés nous le montre clairement :

1° L'image de deux cercles concentriques dont le plus grand représente la morale et le petit le droit, est insuffisante et ne distingue en réalité rien ;

2° La théorie que la morale gouverne les devoirs négatifs de l'homme, le droit ses devoirs positifs est erronée ;

3° Le fondement de la morale serait l'altruisme, celui du droit l'égoïsme. Mais l'analyse montre que la morale toute entière se fonde sur l'égoïsme ;

4° Le droit ne parle qu'à la vie extérieure de l'homme, il serait indifférent au motif, à la loi éthique (Kant), tandis que la morale embrasse aussi sa vie intérieure. Cette théorie est catégoriquement rejetée ;

5° La règle morale est seulement *impérative* (c'est-à-dire motivée par la conscience du devoir), mais la règle juridique est en plus *attri-*

La difficulté qu'il y a à séparer avec précision le droit et la morale nous explique mieux l'existence du grand nombre des théories et systèmes (tels le droit naturel de Le Fur, le donné du juste de Gény, la conscience collective de Duguit ou individuelle de Ch. de Visscher, etc.), lesquels reconnaissant tous l'existence de ce facteur objectif qui produit le droit, se proposent d'en exposer le vrai visage et d'en fixer les traits précis.

Pour nous, la production de la norme juridique est due à la justice. On retrouve ce terme juste, justice, sous la plume de tous les auteurs.

Louis Le Fur : « Quel est le critérium de la justice ? Tous sont d'accord sur le mot, le sont-ils sur le sens qu'il convient de lui donner ? Non, en réalité. Pour moi la nécessité d'admettre une justice objective, c'est-à-dire indépendante de l'homme, est un point capital »¹.

Ch. de Visscher : « Nous croyons en effet que les sentiments de justice — base de tout droit — ne peuvent prendre naissance que dans les consciences individuelles »².

butive (Pétrazycky). Elle attribue au tiers le droit d'exiger (Anspruch) l'accomplissement du devoir. Cet élément de revendication du tiers est une particularité exclusive au droit. On objecte à ce critère, qui touche au degré seulement et non à la substance, que l'obligation morale est, elle aussi, *bilatéralement* déterminée : le tiers serait l'ordre normatif moral lui-même;

6° La *contrainte* devrait fournir le critère essentiel (Ihering). Réponse : le rôle de la contrainte est secondaire, puisque bien des normes juridiques n'en connaissent pas. Ensuite, la morale trouve la sanction dans la religion, dans l'opinion publique, dans la conscience. « Le droit ne contient donc qu'une *tendance* à la contrainte organisée suivant le formalisme juridique ».

En somme un critérium de fond, essentiel, est introuvable. Il y a entre les deux systèmes de normes *certaines* différences de champ d'application et d'action, de gradation, de tendance aux formes, mais aucune distinction fondamentale.

1. La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle. *Recueil des Cours A. D. I.*, 1927, III, p. 385.

2. La codification du droit international, *Rec. A. D. I.*, 1925, I, p. 346.

A. Verdross : « Tout droit positif suppose l'idée de la justice, n'est qu'un essai plus ou moins réussi d'appliquer cette idée aux circonstances... »¹.

G. Chklaver : « Le droit est l'ensemble des règles qui se fondent directement ou indirectement sur le sens du juste »².

V. Synthèse.

Voici comment nous concevons le processus du droit : le rôle de l'homme est indéniable et indispensable. *Indéniable* : l'homme est le facteur de perception, de réalisation et de concrétisation de la justice. *Indispensable* : s'il est vrai que le droit s'impose à l'homme, n'étant pas en lui originairement, mais venant des sphères plus hautes, il est non moins vrai qu'il ne peut vivre ni exister sans l'homme.

Ce rôle de l'homme, constant et fatal, dérive de sa nature. La nature humaine, immuable et fixe nous permet seule de naviguer sur les mers vastes et infinies des spéculations métaphysiques. Pour retrouver la terre ferme, il faut pouvoir dire : il y a le droit. Dans un certain sens c'est l'homme qui le crée; mais suivant les principes éternels d'une justice objective, idéale.

Le droit est la combinaison des deux éléments : humain et divin³.

1. Le fondement du droit international, *Rec. A. D. I.*, 1927, I, p. 283.

2. Le droit international dans ses rapports avec la philosophie du droit, thèse Paris, 1929, 159.

3. Le Fur : « Le droit objectif n'est qu'une abstraction, en dehors, d'un côté de l'intelligence et de la volonté suprêmes et de l'autre de l'intelligence et de la volonté des hommes, qui tentent de le mettre en œuvre. Si toutes deux disparaissent, il ne resterait plus que la mort du tombeau et le silence éternel, puisque le monde matériel ne peut comprendre le droit, règle spirituelle. » *Société Internationale et Souveraineté de l'Etat*, communication à l'Acad. Diplom. Int. (V. Séances et travaux, 1928, II, p. 25).

C'est l'étude des doctrines classiques françaises, c'est l'autorité de nos maîtres, qui nous a fait adopter cette conception du droit. Nous avons une préférence pour le traditionnalisme, nous aimons ces vieilles théories solides, vivantes toujours, que les attaques ont rendu plus fortes, que l'épreuve a rajeunies. Héritières d'un riche passé, point rigides, mais souples, adaptées à l'esprit du siècle, au développement de la science, elles s'imposent à nous sereines et dignes.

Nous sommes donc porté vers ce droit naturel aujourd'hui modernisé et scientifiquement présenté.

« Je le confesse, la résurrection moderne des théories d'un droit naturel réformé me semble ouvrir une perspective pleine d'espoir à la science juridique »¹.

§ 2. — L'ASPECT SPÉCIAL DU FONDEMENT DU DROIT DANS LE PLAN INTERNATIONAL

I. Position de la question. — II. Solution de M. Spiropoulos. — III. Doctrine classique. — IV. Littérature moderne.

I. Une littérature spéciale, abondante, plus précise, le caractère différent que revêtent certains problèmes du même nom (tel le dualisme), enfin l'importance et l'intérêt que présentent les conceptions sur la nature du droit international pour les relations entre Etats, rendent l'étude du fondement du droit des gens hautement intéressante, constamment actuelle.

Les données du problème seront les mêmes. Où le droit, création de l'homme, de la volonté des gouvernants,

1. Credo de M. James Brierly à la fin de son cours à La Haye, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international » *Recueil des Cours A. D. I.*, 1928, III, p. 549.

de l'Etat, des Etats, trouve-t-il son fondement ?

La question est-elle au contraire mal posée ? Faut-il atténuer les antinomies et embrasser l'origine et la formation de la norme juridique, (que les hommes appliquent certainement, mais *déclarent* seulement), dans un système conciliateur ?

Dans les deux cas, nous le savons, les répercussions seront graves et décisives sur le concept qu'on se fera du droit international. En effet, il nous paraît impossible de séparer le fondement du droit des gens positif du problème philosophique du droit.

Pourtant c'est ce qu'on fait souvent dans la doctrine. On n'évite pas la question, mais on la traite sommairement, rapidement, en la déclarant spéculative, n'appartenant pas au droit pur¹, inutile, et on passe à la construction favorite du droit positif. Ainsi plusieurs auteurs sont d'accord pour proclamer que le problème de la validité du droit, étant métaphysique, reste en dehors du droit.

Nous citerons quelques positivistes, quelques adeptes de la science juridique « pure ».

M. Heilborn déclare ce problème comme métajuridique et invoque l'autorité de Gierke : « la cause de la validité du droit ne saurait être une cause juridique² ».

Jellinek trouve que Kant voyait juste dans son analyse du motif de l'obligation, et que « le prétendu impératif catégorique n'indique que le fait qu'une analyse psycho-

1. « Je me demande seulement comment on peut dire extérieure à une discipline, étrangère et supérieure à elle, une autre discipline sans laquelle la première ne pourrait exister. » Le Fur, Préface à la *Société Internationale* de Delos, p. XVII.

2. Heilborn, Les sources du droit international, *Récueil des Cours A. D. I.*, 1926, I, p. 12.

Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 162.

logique ultérieure de la conscience d'une obligation n'est pas possible¹ ».

Triepel dans son ouvrage *Völkerrecht und Landesrecht*² affirme nettement que « le fondement de la validité du droit est en dehors du droit ».

Anzilotti : « ...cette conception du droit international affirme de nouveau la nécessité de fonder le droit positif sur un principe métaphysique... » « A la norme première (*pacta sunt servanda*) il n'y a pas d'explication juridique, c'est un postulat indémontrable juridiquement⁴ ».

Kelsen, finalement, reconnaît dans son petit livre *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Positivimus*³ que la norme fondamentale (*Grundnorm*) n'est pas du droit positif mais de nature logico-transcendentale, comme le droit naturel lui-même.

Alors, tous ces auteurs déclarent froidement qu'un problème de droit doit rester en dehors du droit ! Mais ne voit-on pas, rien qu'à la relire, rien qu'à la répéter, la flagrante aberration de cette pensée. Et surtout lorsqu'il s'agit d'un tel problème : vertu obligatoire de la règle juridique !

Une autre idée se présente encore à l'esprit : en négligeant ainsi délibérément, volontairement ce domaine, philosophique certes, mais touchant de si près au droit, l'intéressant directement, ne court-on pas le danger de

1. *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, p. 17.

2. Leipzig, 1899, traduit par Brunet, 1920. Droit international et droit interne, p. 81.

3. *Corso di diritto internazionale*, traduit par M. G. Gidel, Paris, 1927, p. 45.

4. *Loc. cit.*, p. 69.

5. En voir l'analyse du professeur Gorovtseff dans la *Revue internationale de la théorie du droit*, 1929-30, p. 19.

se mettre en contradiction avec soi-même ? Comment peut-on, en effet, construire une théorie du droit international, si après avoir énoncé que le droit relève de l'éthique, on n'en tient pas compte ? Ne devrait-il pas y avoir un lien logique, constamment présent à la mémoire, incessamment à contrôler ?

Et puis cette démarcation entre le juridique et le méta-juridique n'est-elle pas souvent arbitraire ? Tel auteur reculera ou avancera les limites suivant les besoins de sa cause. Et s'accomode-t-elle avec notre désir de tout savoir, de tout comprendre ?

En résumé, le droit, science normative, comme la morale, ne peut, sans fausser sa propre nature, se passer de la conscience. Le juriste, dans le plus positif, le plus pur des travaux juridiques, ne doit pas, sans trahir sa haute fonction, renoncer aux considérations philosophiques, ne peut se passer des convictions morales.

« Science sans conscience n'est que ruïne de l'âme »
(Rabelais).

II. *Les vues de M. Spiropoulos*

M. Spiropoulos, dans la « critique des conceptions fondamentales », comme il appelle lui-même son livre¹, cherche à supprimer la diversité de la doctrine dans le problème du fondement du droit international. Pour atteindre ce résultat il entreprend de nous démontrer que les prétendues différences de fond sont purement extérieures. Ainsi serait réalisée l'unité de base, relative, mais pleinement satisfaisante et suffisante.

1. *Théorie générale du droit international*, Paris, 1930.

Voici comment : toutes les théories sur le fondement du droit international ont la même base matérielle, soit philosophique, soit psychologique, soit sociologique. C'est-à-dire que dans le point de départ de la force obligatoire du droit des gens elles invoquent toutes : soit la conviction, le sentiment d'être lié, soit la morale, l'éthique, la justice, soit le cosmos originaire, soit la raison. Ce n'est que sur le fondement formel, base juridico-formelle, source positive, seule applicable et utile que les auteurs ne sont pas unanimes¹. Pourquoi en est-il ainsi ? M. Spiropoulos va nous montrer, par une analyse du phénomène de la construction juridique, que dans l'opération conceptuelle du juriste en train de *construire* un concept, l'élément arbitraire, variable entre pour la plus grande partie. A ce point de vue donc toutes les hypothèses sont légitimement défendables, sauf celles qui contiennent des erreurs logiques, immanentes. Et l'auteur de reprocher vivement les critiques injustes de certains juristes portées contre Jellinek ! Selon M. Spiropoulos, la thèse de l'auto-obligation serait parfaitement admissible parce que Jellinek ne voit en elle que la source formelle. Le fondement matériel est ailleurs. Il faut donc décomposer le problème, il faut surtout mieux étudier, approfondir les grands auteurs.

Laissons Jellinek et retenons cette conclusion de M. Spiropoulos : toute construction doctrinale est valable, acceptable, irréprochable tant qu'elle ne contient pas un vice logique intérieur. Qu'est-ce que cela veut dire ? Voici : tel auteur qui établit la volonté de l'Etat comme

1. N'est-il pas étonnant que la discussion et le désaccord des savants portent sur le facteur, si important, de production, de naissance des règles juridiques positives ?

fondement du droit international, doit veiller par exemple, à ce que la coutume rentre dans ce concept de la volonté étatique. Si la coutume, d'après l'opinion dominante, ne participe pas de l'essence volontariste, n'est pas conçue comme expression de la volonté de l'Etat alors la coutume restera en dehors du cadre du droit international, ce qui est contraire à la plus évidente réalité. Dans ce cas il y a contradiction immanente.

Que penser de cette liberté, de cette recevabilité de toute théorie logiquement construite ? Car enfin, toutes ne peuvent être exactes ni vraies. Mais M. Spiropoulos ne s'en soucie guère ! Il possède l'instrument de solution, la clé magique de l'énigme. C'est l'axiome juridique fondamental. Cet axiome n'est autre que le principe majoritaire, en notre matière, l'opinion dominante.

Nous voulons exposer, après l'étude de ce système contestable, trois ordres de critiques :

1. Toute définition est admise, disait Pascal. La définition est libre, parce qu'elle n'est qu'une *simple appellation* des choses (définition formelle). Elle ne nous révèle pas leur *nature*. Si elle tendait à cela, elle cesserait d'être une définition, et deviendrait une *affirmation*.

Donc on n'a pas le droit de déduire quoi que ce soit d'une définition. On commettrait la faute logique d'invoquer pour preuve les éléments qu'il faudrait précisément prouver. (Faute très souvent commise).

Mais ici nous touchons à la différence entre ces vérités classiques et la thèse de M. Spiropoulos. L'auteur grec admet aussi la pleine liberté de poser des concepts, des définitions. Mais tandis que Pascal interdit absolument toute opération de raisonnement à l'aide d'un tel concept

aprioriste, considérant comme *sophistiques* les déductions qui dérivent des concepts librement posés, M. Spiropoulos admet, pense qu'il est possible de travailler sur de telles données, et reconnaît la valeur de ce travail, s'il est exempt de contradictions logiques. Résultat de la thèse de M. Spiropoulos : il faut examiner sérieusement tout système, si bizarre soit-il. (Il est vrai qu'il sera écarté par l'application de *l'axiome juridique fondamental* !) Mais toute proposition, même absurde, est prise en considération.

2. M. Spiropoulos nous dit que l'axiome juridique fondamental servira de critère à l'exactitude d'une opinion doctrinale. « C'est la conviction profonde de l'humanité que la *volonté de la majorité* l'emporte sur toute autre considération... La légitimité de cet axiome échappe à toute démonstration scientifique. Ce principe est muni de force normative et s'impose à l'intelligence humaine. Il n'est congnoissable que sociologiquement, mais point scientifiquement démontrable, aussi peu que la légitimité du droit¹ ».

Ainsi donc avant que nous ne demandions pourquoi c'est le principe majoritaire qui fonctionnera comme mesure de valeur, M. Spiropoulos nous répond : on ne sait pas pourquoi. Ce principe s'impose, voilà tout. Il en est de lui comme du droit. La règle juridique s'impose à l'homme. C'est le même mystère. Mais s'il n'y a pas de réponse à « pourquoi », si ce mystère de même nature que le droit, ne peut être expliqué, il y a certainement une critique à formuler au sujet de ce *classement* lui-même.

1. Spiropoulos, *op. cit.*, pp. 21, 22.

Car enfin qui nous a dit qu'au point de vue légitimité, le principe majoritaire était absolument analogue au problème du droit ? C'est une affirmation, une opinion qui elle-même devrait être examinée à la lumière de ce fameux axiome juridique fondamental. L'opinion dominante lui serait-elle favorable ? Nous ne le pensons pas.

Bref, nous voyons dans l'acte, par lequel l'auteur classe le principe de la majorité dans les normes de conduite ayant force obligatoire (à côté des règles morales et juridiques) un acte arbitraire, relatif. Il attribue à son axiome les caractéristiques qu'il lui plaît.

3. Faisons provisoirement abstraction de ce vice originel, et supposons que la place de la loi majoritaire soit vraiment dans l'énigme de la normativité du droit et de la morale, que ce soit là un seul problème, unique, analogue. Or, que verrons-nous ? Voici ces deux axiomes, axiome de la victoire de la majorité, axiome de la *force*, et axiome de la vertu obligatoire du *droit* se niveler, au même rang, aller de pair. Mais ce n'est pas tout. L'un de ces deux axiomes va servir de critère, de mesure, de juge à l'autre. Et c'est l'axiome majoritaire qui sera l'arbitre à reconnaître la fausseté ou l'exactitude d'une décision judiciaire, d'une opinion doctrinale. C'est mettre le *droit* au service de la *force*.

Conclusion résumée sur le système de M. Spiropoulos

Sa méthode pour découvrir et prouver les vérités scientifiques se révèle, à l'analyse, tout simplement subjective, commodément relativiste. Dans le chaos des opinions différentes il faudra les décompter, classer, additionner et proclamer victorieuse celle-là qui aura

1. Cf. le compte-rendu de M. Chklaver dans *l'Esprit International* du 1^{er} avril 1931, p. 333.

obtenu la majorité des voix, le plus grand nombre d'adeptes. Est-ce là un critère scientifique ? Nous ne le croyons pas. La majorité politique est un moyen de gouvernement, seul pratique aujourd'hui, et certes très nécessaire à la vie politique, sociale. Il fait éviter l'anarchie, la guerre civile. Mais ce n'est qu'un expédient. Le principe majoritaire, bien que réel et existant dans la nature, ne peut servir de *justification éthique*, n'appartient pas aux idées philosophiques. C'est un simple fait. Il ne s'impose pas à l'homme de la même façon que le sentiment de la justice, que l'obligation morale. La mission du droit est précisément de combattre les résultats iniques de la vie. Or, la tyrannie de la majorité en est un.

III. *Le fondement du droit international dans l'histoire des doctrines.*

Aperçu sommaire de la doctrine classique. Vitoria et Suarez puisaient dans la pensée universaliste chrétienne du Moyen-âge leurs belles conceptions du droit des gens. Vitoria le définit : « quod *naturalis ratio* inter omnes gentes constituit ». Le facteur naturo-rationnel, en d'autres termes le droit naturel, est au premier plan. C'est le fondement même du droit international. Le consentement général (*communis consensus gentium*) de Suarez doit être complété par la *Bona Fides*, norme supérieure et suprême dans l'ordre international. Cette règle de la *Bona Fides*¹, très semblable à celle des *Pacta sunt servanda* de quelques auteurs modernes, qui la posent comme base première, comme fondement du droit inter-

¹ V. Volansky, *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de Bonne foi*, thèse, Paris, 1929.

national (Anzilotti, Verdross) ¹ est un principe du droit naturel. On sait que les classiques concevaient le droit naturel comme découvert par la raison, par voie déductive.

Les commentateurs de Grotius ne sont pas d'accord sur l'élément prépondérant, auquel cet auteur attribuait le rôle principal dans la formation du droit international. M. le professeur Basdevant voit cet élément dans le droit des gens volontaire. En effet le droit naturel, conception rigide, à l'image de la nature sociable de l'homme, conçue comme fixe et immuable « n'est pas adapté au caractère changeant des rapports sociaux ² ». De même M. Kosters écrit qu'à son avis, la doctrine de l'élément consensuel primordial était en vérité celle de Grotius ³. D'autres juristes insistent au contraire sur le facteur naturel, rationnel ⁴.

Il semble, d'après les derniers travaux sur l'œuvre et le rôle de Grotius ⁵, que cette divergence des vues résulte de ce que le savant hollandais n'a pas fait œuvre originale, personnelle, mais repris et exposé, avec un rare talent d'ailleurs, les acquisitions théoriques, les richesses doctrinales de tous ses précurseurs.

C'est pourquoi les deux grands courants de la science juridique internationale ultérieure pourront se réclamer

1. Pour M. Verdross les deux notions sont identiques. V. *Fondement du droit international, Recueil des Cours A. D. I.*, I, p. 255.

2. J. Basdevant, *Grotius*, (Fondateurs, 1904, p. 238). Cet argument que la *fixité* du droit naturel empêcherait le progrès du droit, n'a plus grande force devant les conceptions modernes, toutes récentes du droit naturel.

3. *Fondements du droit des gens*, p. 187.

4. V. Verdross, *eod. loco*; Bourquin, *Grotius et les tendances*, act., R. D. I. L. C., 1926.

5. V. Le Fur, La théorie du droit naturel, *Recueil des Cours A. D. I.*, 1927, III, p. 297 et suiv. L'érudit professeur détruit les deux fausses opinions : 1. Grotius aurait le premier laïcisé le droit naturel; 2. Grotius serait le créateur, le fondateur du droit international (p. 309).

tous les deux de Grotius. L'école naturaliste de Pufendorf, de Wolf, et l'école positiviste de Bynkershoek, de Moser, trouvent leur base dans le « De jure belli », l'une dans son *ius naturæ*, l'autre dans le *ius voluntarium*.

Et l'on verra que toutes les théories modernes peuvent être réparties dans l'un ou l'autre de ces deux groupes.

La thèse des droits fondamentaux qui gratifie l'Etat d'une souveraineté absolue, comme la thèse des droits naturels attribue à l'individu une liberté originaire complète, ne peut certainement dans sa forme intransigeante servir de fondement au droit international. Nous verrons, lorsque nous traiterons (dans le chapitre suivant) le problème de la souveraineté, que cette conception intransigeante, destructive, exclusive de l'ordre juridique, doit être corrigée, adoucie, modifiée, et que ce qu'on appelle les droits subjectifs de l'Etat peuvent parfaitement exister à la condition de respecter les droits des autres Etats et de se soumettre à la loi internationale, au droit international.

Mais cette solution laisse pendante la question de la base de ce droit.

IV. *Littérature moderne*

A. — Les diverses théories du consentement. Entrons *in medias res*. On admet communément que la Cour Permanente de Justice Internationale adopte dans l'arrêt du Lotus le fondement consensuel du droit des gens, la doctrine de la volonté, la *Willenstheorie*. Et on a aussi l'habitude de voir là une contradiction de la Cour, un recul dans son œuvre, un arrêt dans le développement de l'exact concept du droit international. En effet la Cour n'admet-elle pas, en d'autres occasions, des conceptions

plus larges, plus appropriées à la réalité internationale, plus en harmonie avec la nécessité d'un système juridique international profond et logique ? Lorsqu'elle parle, par exemple, dans ses arrêts n° 8 et n° 13 du principe général que toute violation d'un droit comporte l'obligation de réparer, lorsqu'elle accepte cet autre principe, universellement admis, que le droit interne doit s'incliner devant le droit international (arrêt n° 7, avis n° 10 et n° 17).

N'est-il pas contradictoire¹ d'énoncer d'un côté la théorie du consentement, et de suivre de l'autre des conceptions qui la dépassent, qui en démontrent la fausseté évidente ? Parce que en somme, ces principes généraux du droit, que la Cour proclame et qu'elle est même obligée d'appliquer d'après l'alinéa 3 de l'article 38 de son Statut, ne sont pas de produits de la volonté étatique dans le sens et les conditions auxquelles le sont en droit international positif, le traité (consentement explicite) et la coutume (consentement implicite). Il est clair donc que le droit des gens comprend des sources autres que le traité et la coutume.

Finalement, — pour clore cette argumentation contre l'ensemble des théories consensuelles, argumentation sommaire, générale, portant sur le terrain du droit et de la jurisprudence en vigueur, — en cas de conflit de délimitation de sa compétence, l'Etat n'est-il pas obligé de consulter le droit international, (art. 15, par. 8 du Pacte

1. Le simple rapprochement d'une doctrine volontariste de l'auto-limitation, par exemple, dont la substance même est la suprématie du droit étatique sur le droit international — avec les dispositions, de l'arrêt 9 d'un côté (les règles internationales procèdent de la volonté des Etats) et des avis 10 et 17 de l'autre (prééminence du droit international sur le droit interne), — nous montre clairement ce côté illogique, ce point faible de la construction jurisprudentielle de la Cour.

de la S. D. N.) conçu dans ce débat comme une instance supérieure (question du domaine réservé) ?

Nous venons de formuler contre l'école positive, volontariste, une objection résumée.

Mais les grandes branches de la doctrine basée sur le consentement de l'Etat suscitent chacune des critiques spéciales, d'ordre logique ou philosophique.

a) L'auto-limitation.

L'élément volontaire comme seule base juridique d'une construction de l'Etat, du droit, du droit international a trouvé sa forme la plus parfaite, la plus poussée dans la théorie bien connue de l'auto-limitation.

On lui trouve des origines lointaines mais obscures dans le droit romain (Serment religieux comme sanction de l'engagement international)¹. A l'époque moderne, il paraît indéniable que cette doctrine de l'auto-limitation a été inspirée par les conceptions philosophiques de Hegel, pour qui l'Etat, concept idéal, notion parfaite, base et fin dernières, ne peut être embarrassé de liens extérieurs, du droit, de la morale. Ils ne sont qu'instruments de sa puissance omnipotente, de sa souveraineté absolue. De telles thèses, sociales ou politiques, donc encore à l'état *ajuridique*, vont être développées par les juristes, vont entrer dans la science du droit. Et ici il est à remarquer que cette théorie de *Selbstbeschränkung*, à juste titre fameuse, donnant lieu à des abus d'interprétation et à des conclusions désastreuses, a toujours été présentée par ses créateurs juristes avec un soin de modération, de justification : en invoquant les considérations de

1. Verdross, *op. cit.*, *Rec. A. D. I.*, 1927, I, p. 262.

la communauté internationale, en supposant l'Etat doté d'un « discernement » constant, qui l'empêcherait d'abuser d'une liberté arbitraire, d'aller à l'encontre de la Morale, du Droit.

Le système de Gerber, qui construit la notion de *Rechtstaat*, Etat-personne juridique, ne laisse rien prévoir de l'apologie de la volonté étatique, se déterminant et se liant elle-même, à laquelle arrivera après Bergbohm et Ihering, le grand chef de l'auto-limitation Georges Jellinek.

Outre la pure doctrine de ce dernier, d'autres savants allemands ont adopté et exposé la thèse de l'auto-obligation : Nippold, pour qui l'Etat crée le droit international de la même manière que tout autre droit, Wenzel qui voit le droit international comme droit d'Etat.

La théorie de l'auto-limitation peut-elle être acceptée comme fondement du droit des gens ? Déjà comme base du seul droit interne, ses défauts et sa fausseté ont fait l'objet de nombreuses réfutations en règle. A plus forte raison en droit international elle se montre contradictoire et insuffisante.

On sait que Duguit a été un adversaire résolu du volontarisme juridique. Réaliste, considérant comme fait primordial le côté solidaire de la société humaine, il ne pouvait accepter cette conception trop individualiste du droit. Son sens critique pénétrant et puissant ne lui permettait point de souffrir un formalisme outré ni d'approuver l'exclusivisme de la méthode, où toute incursion *in munere alieno* serait interdite au juriste. Peut-être même est-il allé trop loin dans le feu de la lutte contre les formes, en démolissant toute barrière, toute différence entre le droit positif et le droit naturel, en éta-

blissant un droit objectif, résultant de la solidarité sociale, qui n'aura pas de base morale satisfaisante, qui en manquera peut-être tout-à-fait. Toujours est-il, qu'il a traité très sévèrement, et avec raison, ces doctrines allemandes, dont les résultats pratiques conduisent à la politique des « chiffons de papier », cette prétendue auto-obligation qu'un autre auteur français, cependant plus indulgent dans la critique, n'a pu s'empêcher d'appeler une pure plaisanterie¹.

Il faut remonter jusqu'au volontarisme suarézien pour trouver les traces et comprendre ce « litige du droit objectif et du subjectif » et son introduction dans le droit international. M. Delos² attribue en effet à Suarez le point de départ de la prédominance de l'élément volontariste, dans la confection de la règle juridique. L'érudit espagnol aurait dans le célèbre débat scolastique : la loi est-elle acte de volonté ou acte d'intelligence, adopté la solution que la loi était le produit de la volonté du Souverain, en faisant prévaloir ainsi ce facteur subjectiviste, qui conduit à la souveraineté absolue et fait échec à toute pensée d'organisation internationale.

Est-il nécessaire de reproduire l'objection qu'on adresse au premier abord au volontarisme, objection si connue qu'elle est devenue banale : ce que la volonté fait, une volonté en sens inverse peut le défaire. Comme le dit très bien M. Anzilotti, aucun « effort dialectique » ne pourra nous convaincre du contraire.

Nous pensons de même que des protestations indignées, même étant de Jellinek, et qui ne sont au fond que de

1. Le Fur, Les bases juridiques de la S. D. N., *Scientia*, 1925, p. 29.

2. » La Société internationale et les Principes du droit public », thèse, Paris, 1928, pp. 207, 233.

simples affirmations, n'auront pas plus de fortune dans leur tendance persuasive : « La négation de la possibilité de l'auto-obligation, pour la raison qu'une volonté libre peut aussi prouver sa liberté par la rupture d'une décision une fois prise, conduit en dernière analyse, à la négation de la Morale et du Droit »¹ Nous trouvons que cet argument produit un effet tout-à-fait opposé : il renforce la critique négatrice de l'auto-limitation. Parfaitement, c'est parce que la liberté de la volonté mène à la négation du droit, qu'il est possible de nier l'auto-limitation comme fondement juridique. De deux choses l'une : ou la volonté est volonté, ou elle signifie autre chose. Si on conçoit la volonté comme contenant toujours une directive supérieure, un certain frein moral y devant être toujours sous-entendu, alors on n'a rien expliqué, toute la thèse de l'auto-limitation de la volonté s'écroule : on revient tout simplement aux systèmes juridiques traditionnels, à fondement éthique, qu'on s'était proposé de combattre et de rejeter comme impropre à la pure et vraie science du droit. Si au contraire la volonté est bien volonté, donc pouvant être arbitraire et même immorale on ne voit pas bien, pourquoi elle excluerait, ainsi comprise, l'existence de la morale ou du droit. Faudra-t-il distinguer une volonté normale, raisonnable ? Mais la Morale et le Droit ne peuvent pas être identifiés à une volonté même raisonnable ; ils ne relèvent pas en leur qualité d'être positifs d'aucune conduite humaine quelle qu'elle soit, ils existent indépendants de n'importe quelle volonté, bonne ou mauvaise.

On ne conteste pas par conséquent la « possibilité de l'auto-obligation ». Non. On se croit en droit seulement

1. *Rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, p. 16.

d'affirmer sans exagération qu'une « possibilité » en sens contraire est tout aussi probable, possible et naturelle.

En résumé, l'erreur des automistes consiste en ce qu'ils ne voient pas que le droit ne peut en même temps dériver de la volonté et la limiter.

Ce n'est que le faux résultat d'une apparence, d'une illusion, que de croire que l'Etat qui *agit* selon la règle, crée l'obligation de cette règle.

L'individu qui *exécute* un précepte moral, ne le crée pas, il *croit* déjà à l'existence d'une règle objective obligatoire.

Ainsi sur le plan international la théorie de l'auto-limitation sera plus fragile, plus vacillante encore. Privée d'un principe supérieur, qu'il soit de droit naturel, de morale ou de métaphysique, elle ne pourra rester debout. Elle a en effet un effort supplémentaire à fournir ici : effort qui apparaît clairement à la seule énonciation de la formule auto-limitative : le droit international trouve son fondement dans la volonté de l'Etat isolé, mais reste malgré tout obligatoire, parce que l'Etat est capable de se lier lui-même. Il faudra donc concilier deux thèses difficilement conciliables : souveraineté absolue de l'Etat d'une part, et obligation des Etats par le droit des gens, d'autre part. Effort vain.

Parce que toute obligation d'une volonté suppose l'existence d'une règle supérieure à cette volonté. Trouver le caractère obligatoire du contrat dans l'idée de l'auto-limitation est une simple pétition de principe. En effet la norme préalable supérieure qui imposerait le respect de la parole donnée reste toujours à déterminer et à démontrer.

Selon le professeur anglais M. Brierly, la thèse volontariste est admissible comme explication *politique* traduisant les relations existant entre les Etats, mais comme fondement juridique elle est visiblement inadéquate.

Il est curieux de constater ici que c'est précisément la seule volonté que les positivistes considèrent comme moment purement juridique, le reste d'arguments au contraire devant être traités de « politiques », « sociaux », « philosophiques ». Or, Kelsen viendra leur reprocher cette erreur de méthode de puiser le concept volonté — psychologique, sociologique — dans une science du domaine de *Sein*, alors qu'il aurait fallu s'enfermer dans le seul monde de *Sollen*. On répondra à Kelsen que l'attitude d'un dogmatisme pur, selon lui, seule conséquente pour un juriste, est trop exclusive, irréaliste et stérile, que sa méthode de logique formelle poussée aux dernières conséquences aboutit à des résultats absurdes. Il n'y a pas de *synchrétisme* des méthodes, comme il le croit, mais un simple éclectisme. Que fait-il autre chose le droit que de régir les relations sociales ? Il faut tenir compte de sa seule fonction, de sa tâche principale. Les deux mondes ne sont point séparables. La volonté n'est pas étrangère au droit. La science de causalité, *Seinswissenschaft*, et la science normative ou de finalité, *Sollenswissenschaft*, ne s'opposent pas, ne s'excluent pas. Le *sollen* tend à devenir *sein*, la norme morale ou juridique se réalise. C'est la volonté qui y joue le premier rôle. Mais non, répliquera le savant viennois, « le droit même est volonté ce n'est pas une volonté humaine qui crée le droit. » Alors, quelle est la source du droit ? C'est la Norme hypothétique fondamentale. Mais cette norme n'a aucune base elle-même, elle est trop imaginaire, absolument anti-historique, elle ne satisfait pas l'esprit scientifique, etc.

On pourrait ainsi laisser s'enchaîner des querelles perpétuelles et ne sortir jamais de ce cercle enchanté. Ne serait-il pas plus simple d'adopter, devant l'impossibilité d'admettre comme base la *volonté*, puisqu'elle-même sort de la norme, devant le peu de satisfaction qu'offre une *hypothèse*, si logique soit-elle, ne serait-il pas plus logique précisément d'accepter un fondement stable, réel, objectif, en dehors du subjectivisme volontaire, en dehors du formalisme vide et impuissant? Nous voulons dire un *droit à fondement moral*, le droit naturel ou rationnel.

Mais revenons à M. Brierly et voyons de quelle manière il réussit à réfuter la volonté de l'Etat comme fondement du caractère obligatoire du droit des gens. Il met à l'épreuve la thèse volontariste. Résiste-t-elle à l'examen pratique, confrontée avec les faits de la vie internationale? L'auteur accepte l'hypothèse que l'Etat n'est obligé que par son consentement. Il suppose alors que cet Etat passe un traité avec un autre Etat. Il est lié. Mais plus tard il déclare ne plus consentir au traité. Reste-t-il encore lié? C'est le dilemme fatal pour la théorie volontariste, parce que quelle que soit la réponse, elle se trouvera toujours détruite. Si on répond en effet, par la négative, le principe fondamental sur lequel repose la conduite des Etats est renversé : il n'y a aucune obligation, le droit international n'existe pas. Si au contraire on dit oui, l'Etat reste obligé, alors on manque aux prémisses posées, le consentement de l'Etat est contredit, annulé, paralysé par quelque chose de plus puissant, il disparaît, et il faudra faire appel à un fondement obligatoire, autre que la volonté étatique¹.

1. Brierly, *Fondement du caractère obligatoire du droit international*, *Recueil des cours A. D. I.*, 1928, III, p. 480.

Cette argumentation montre d'une façon décisive l'absurdité évidente de l'auto-limitation en matière de droit international. Elle suffit donc, et point n'est besoin d'insister encore sur les illogismes d'une théorie fausse.

Il convient de relever seulement que quelques critiques qu'on lui adresse parfois, portent à faux étant elles-mêmes inexactes.

Ainsi nous venons de faire mention de l'objection sur le terrain de méthode, formulée par Kelsen, et qui se retourne finalement contre lui-même. L'exclusivisme, l'abstraction exagérée est une méthode simpliste des conceptions étroites, « le divorce entre le Droit et la réalité aboutit au divorce entre le Droit et la véritable justice. »¹

Mais aller trop loin dans le sens opposé, ne pas voir, — dans le désir d'un réalisme, légitime certes, mais ne devant pas devenir aveugle à son tour, — ni Etat ni volonté, ne saurait être plus heureux, ni plus *réel*. C'est pourquoi contre l'appréciation de M. Politis, que « la volonté ne saurait fonder le droit, et les Etats, n'étant qu'une fiction, n'ont pas d'ailleurs de volonté »² on serait fort tenté d'aligner cette proposition célèbre de la Cour Permanente de Justice Internationale : « Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci » (Arrêt du Lotus). Cela donne lieu à un étrange rapprochement, où les deux affirmations contiennent les trois mêmes termes : Etat, volonté, droit, mais se contredisent le plus catégoriquement du monde. Loin de nous d'ailleurs d'accepter la thèse de la Cour. Si les Etats existent, s'ils ont une volonté, cela ne donne pas encore

1. De la Bigne, *Traité général de l'Etat*, Paris, 1929, p. 12.

2. Limitations de la Souveraineté, *Rec. A. D. I.*, 1925, I, p. 30.

ne de considérer cette volonté comme provenance véritable des règles juridiques. Mais si ce lien logique fait défaut, l'argument de M. Politis devient tout aussi fragile, car il semble en effet dépendre de l'existence de l'Etat et de sa volonté. Or, voilà que ces deux existences sont vraiment difficiles à contester. En concluera-t-on à une origine exclusivement volontariste du droit ?

Non ! Si le rôle de la volonté de l'Etat, qui n'est pas qu'une fiction, est indéniable, elle ne *fonde* cependant pas le droit.

b) Résurrection de la volonté de l'Etat
comme autorité finale du droit international,
dans une étude récente.

Nous rattacherons à l'étude de l'auto-limitation la thèse proposée par M. Benjamin Akzin¹. Nous croyons pouvoir le faire, parce qu'elle s'y apparente visiblement, étant aussi une doctrine volontariste très prononcée. En effet, malgré les procédés exégétiques exclusifs, malgré la méthode logico-formelle rappelant l'école kelsenienne, malgré la critique sévère — occupant une grande place — des considérations soit de causalité, soit même normatives, mais autres que le droit (morale, politique), il apparaît clairement, dans la partie constructive, lors de l'étude du plus fondamental des problèmes fondamentaux, lors de l'étude de la source du droit international, que cette source, pour M. Akzin, se trouve être l'autorité juridique suprême, l'autorité finale, constituée elle-même par la volonté de l'Etat particulier.

Ainsi revivra encore une fois cette conception, d'une

1. *Les problèmes fondamentaux du droit international public*, Paris, 1929.

résistance terrible, que la volonté étatique serait la seule source du droit international¹.

Dans ce qu'il appelle « purification méthodologique », M. Akzin se montre d'une intransigeance rare, propre au monisme le plus irréductible. Logicien rigoureux, il n'admet aucune dualité, il ne peut concevoir aucune validité simultanée des deux éléments, *jus necessarium* et *jus voluntarium*. La source de la validité doit être unifiée, et alors « si un moment nécessaire quelconque est admis comme une telle source, une construction « volontaire » dans le sens strict du mot devient par là insoutenable. »²

On voit déjà où l'auteur veut arriver. En écartant par la critique cet élément nécessaire, droit naturel, comme étant impropre dans une méthode juridique stricte, il démontrera l'éclatante conséquence : la volonté seule est à considérer et à retenir.

On peut rappeler ici cet autre système, similaire, aux mêmes rigueurs logiques, au même dilemme inéluctable : droit objectif *ou* droit volontaire. C'est celui de M. Bonnard, qui par un raisonnement sur la nature de la norme juridique, rejette catégoriquement la volonté comme source du droit, et conclut à la seule objectivité, à l'idéalité exclusive du droit³.

M. Akzin commet l'erreur inverse. Formaliste à l'excès, il n'accepte aucun compromis, il est inaccessible à toute nuance. (On pourrait cependant lui reprocher un certain

1. *Op. cit.*, p. 108 et suiv. La souveraineté des « corps créateurs du droit » est donc illimitée. « Tout Etat est libre d'étendre sa compétence à l'infini » (p. 109). Thèse appuyée par l'annexion de la Bosnie et Herzégovine, par l'arrêt du *Lotus*.

Mais les deux exemples cités par l'auteur sont certainement loin d'être probants ! Au contraire ils ont connu des critiques vives, subi des attaques violentes. La réaction que les deux cas ont soulevée pourrait être plutôt invoquée comme argument négateur de la souveraineté absolue.

2. *Op. cit.*, p. 40.

3. Voir *supra*, p. 28.

éclectisme contradictoire. En effet, alors qu'il emploie pour ses opérations négatrices (critique du droit naturel et des autres conceptions non rigoureusement juridiques) les instruments de la méthode de l'école viennoise — il adoptera, lorsqu'il abordera la phase positive, de sa construction, une conception, qui est résolument repoussée par Kelsen : la volonté de l'Etat. Il ne reculera pas devant les conséquences absolutistes de l'auto-limitation même : *clausula rebus sic stantibus* et son arbitraire. Comment se fait-il qu'en partant d'un même point de vue, et procédant par une même méthode, il arrive à concevoir la norme originaire comme volonté étatique, concept nettement subjectif, alors que Kelsen envisage l'*Ursprungsnorm* nécessairement objective ?)

Dans un bref exposé de la genèse du droit, M. Akzin, tout en déclarant que la morale a été la mesure la première, ne voit dans le droit qu'une forme¹. Or, le droit ne peut pas être une pure forme qui se remplirait de contenu par les procédés de la volonté étatique. Car il nous semble absolument impossible de concevoir que l'idée de droit puisse naître sans un contenu.

M. Akzin a un grand dédain, en tant que juriste évidemment, pour les préceptes de la morale, pour les principes du droit naturel. Ainsi, il veut montrer l'inefficacité, donc l'inutilité (pour le juriste) de la morale par ce raisonnement : « Un individu qui transgresserait une règle de droit étatique par un fait ou par une abstention, ne saurait jamais être acquitté aux yeux de l'ordre étatique, c'est-à-dire du droit positif, en se prévalant des règles de sa morale individuelle. »²

1. Op. cit., p. 7.

2. Op. cit., p. 14.

Il y a là beaucoup de confusion. D'abord, il ne s'agit pas de caprices individuels, d'appréciations subjectives nombreuses, il s'agit d'une morale. Il n'y a pas un million de morales, il n'y en a qu'une. Des millions d'hommes peuvent l'invoquer, elle reste toujours seule, unique. Si des règles positives peuvent aller à son encontre, elle ne sera pas pour cela ni détruite dans son existence, ni amoindrie dans son autorité. Evidemment c'est là le vieux problème : existe-t-il réellement une morale ? Il est absurde d'en douter, il est anti-juridique même de le nier, il est superflu de répéter les arguments classiques. Ainsi, le raisonnement cité ne fait qu'expliquer que l'ordre étatique sera plus fort. Or, tel n'était pas son but. (On peut remarquer en passant que cette supériorité de l'ordre étatique n'est que l'application d'un principe certain et fondamental du droit naturel : respect de l'autorité. Il n'y a donc pas d'antinomie : le sens du juste nous impose la soumission). L'argument semble vouloir montrer qu'aucune norme n'aurait de caractère juridique contre une règle de droit positive. Or, ce n'est pas admissible. Parce que, quand même une loi étatique, formelle, permettrait les violations les plus flagrantes d'un principe naturel général (par exemple : absence de toute réparation des dommages causés, absence de toute sanction des délits) ce principe, réparer le tort injustement porté, ne serait pas moins juridique, ne resterait pas moins *de droit*. On ne peut pas nier que le sens juridique nous est donné par une autre *révélation*, autrement plus profonde, que l'événement législatif.

Voici comment s'exprime M. Akzin au sujet du droit naturel, cette conception subjectiviste par excellence : « expression simpliste de la conviction juridique person-

nelle, est actuellement privée de toute force positive dans les systèmes de droit en vigueur¹ ». Cette assertion mérite une double critique :

1° Ce n'est pas le droit naturel, mais l'idée, que l'auteur se fait de ce droit qui est simpliste. Il est remarquable de voir cette obstination dans l'erreur se produire avec tant de ferme constance chez tous les adversaires du droit naturel. Pourtant la véritable doctrine du droit naturel a été si souvent, avec abondance et maestria, exposée, les réponses précises et décisives ont été fournies à toutes les objections, surtout à celles énoncées par M. Akzin². Contingence, relativité, subjectivité du droit naturel, tous les vieux reproches usés. On a beau répondre par autant de clarté que de preuves historico-psychologiques, dans l'autre camp on ne veut rien entendre³.

On accuse les principes du droit naturel d'être perpétuellement relatifs et contingents. « Mais cela nous semble contraire à la réalité la plus évidente » répond tout dernièrement encore M. de la Bigne de Villeneuve, dans son *Traité général de l'Etat*⁴. « A toute époque, chez tous les peuples, il y a un sentiment du bien et du mal, à toute époque, chez tous les peuples existe le sentiment de la vérité du juste et du bien; les applications peuvent être

1. Op. cit., p. 67.

2. V. notamment Le Fur, Théorie du droit naturel, *Rec. A. D. I.*, 1927, III.

3. M. Sakutaro Tachi se prononce par ce court jugement : « Le droit, comme la moralité, n'est qu'une espèce des phénomènes sociaux. Comme d'autres phénomènes sociaux, il évolue, il se développe. Il n'y a aucune règle de droit aussi absolument immuable que quelques partisans du droit naturel le supposent. » Et plus loin : « Pour nous, la théorie du droit naturel, qui quelquefois méconnaît le fait de l'évolution du droit et quelquefois dogmatise sur l'existence de normes naturelles internationales, n'est pas tout-à-fait satisfaisante. » (*Souveraineté et Indépendance de l'Etat*, Paris, 1930, pp. 15 et 17).

4. Paris, 1929, p. 449.

déformées, le principe n'en persiste pas moins, toujours accessible aux esprits droits et aux cœurs purs. »

2° Le droit naturel serait privé de toute force positive dans les systèmes de droit en vigueur. Mais le *jus voluntarium* n'est pas, c'est l'évidence, la seule source du droit international. Il suffit d'évoquer l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale. Si donc la volonté des Etats n'est pas exclusive, quelle est l'autre source ? On peut croire que ce n'est autre chose que le droit naturel lui-même. Les exposés de M. Le Fur dans la *Revue de droit international*¹ ne permettent pas d'en douter.

Terminons par ce credo de méthode de M. Akzin : « Si l'on veut être jurisconsulte sans être théologien, moraliste et politicien il faut fonder la validité du droit sur la base même d'une autorité juridique suprême. »²

Certes. Mais aussi on peut être jurisconsulte et ne pas baser le droit sur la volonté étatique.

Et même en retournant la phrase nous dirions : ce n'est pas *rester jurisconsulte* que de fonder la validité du droit sur la volonté de l'Etat, c'est peut-être *devenir politicien*.

c) La volonté commune. (Trieipel)

Il y a encore d'autres doctrines qui fondent le droit international sur la volonté³. Mais non plus sur *une*

1. 1927, *Droit naturel et droit rationnel*, p. 669. La pratique des Etats reconnaît le droit naturel. Exemple : Chine, pays anglo-saxons ; aujourd'hui la notion du droit international commun se développe.

2. *Op. cit.*, p. 43.

3. Voir la notion de la *volonté coïncidente* des Etats exposée par M. Sfériadès (Principes du droit international public) dans le cours à l'A. D. I., 1930.

volonté, sur la volonté de l'Etat particulier, mais sur la volonté *commune*, collective, sur l'*union* de volontés. (Gemeinwille).

C'est Triepel qui a construit et exposé cette thèse de la volonté collective des Etats, en cherchant à échapper aux contradictions de l'auto-limitation. La base de son système est la *théorie dualiste*. Selon cet auteur, le droit interne et le droit international sont deux systèmes juridiques différents. Et cela à deux points de vue : 1° par leur *objet*. Le droit interne règle en effet les rapports sociaux entre les individus, tandis que le droit international règle ceux entre les Etats; 2° par leur *source*. Le droit interne est le produit d'une seule volonté, celle de l'Etat, le droit international, au contraire, de l'union des volontés étatiques.

Cette union des volontés étatiques donne lieu à une source unique du droit international et particulière à ce droit, à la *Vereinbarung*, pacte, accord, traité-loi. La *Vereinbarung* a un caractère spécial et précis et doit être nettement distingué du contrat, qui lui, ne produit pas des règles de droit international.

Les auteurs admettent généralement cette différence entre le pacte et le contrat international et reconnaissent son utilité. Cependant M. Chklaver ne voit pas de différence d'objet entre le pacte et le contrat. Si dans le pacte, on tend vers le même but, les volontés identiques constituant un *accord*, dans le contrat le but n'est pas, non plus, différent : les deux parties tendent vers la réalisation de la même opération juridique. La seule différence d'après cet auteur, consiste en ce que le contrat se rattache à la norme intuitive *Pacta sunt servanda*, tandis que le pacte à celle d'*Ubi societas, ibi imperium*.

« Selon nous, l'erreur de Triepel consiste à vouloir réduire le droit international tout entier aux seules règles issues des pactes. Il perd ainsi de vue le droit international contractuel. D'autre part, les pactes eux-mêmes doivent se rattacher à l'une quelconque des normes intuitives qui dominent le droit tout entier et qui, à leur tour, s'appuient sur les sens spirituels du juste. »¹ De même M. Akzin n'admet aucunement, ne lui trouvant pas d'intérêt juridique, cette division entre les traités-lois, Vereinbarungen, et les traités-contrats, Verträge².

Mais il y a des reproches plus graves, qu'encourt cette « bizarre conception dualiste du droit » (Sukiennicki). On lui reproche en effet que l'ordre juridique préexistant, duquel découlerait le caractère obligatoire de la Vereinbarung, ne peut pas être fondé lui-même sur un accord des volontés. Il resterait donc à prouver l'existence de cette règle antérieure qui donne à l'accord des volontés sa vertu obligatoire³.

Finalement le grief le plus décisif adressé par nombre de grands juristes à la notion de la volonté commune est son invraisemblance, son impossibilité pratique, sa fiction.

Ainsi, M. Anzilotti souligne que sa thèse à lui s'éloigne de celle de Triepel, qui ne peut être acceptée, parce que la vertu obligatoire de la volonté collective des Etats est certainement, à bien regarder, un problème qui n'est pas susceptible de solution sur le terrain de l'empirisme pur⁴.

1. *Le droit international dans ses rapports avec la philosophie du droit*, thèse Paris, 1929, pp. 190, 194.

2. *Les problèmes fondamentaux du droit international public*, Paris, 1929, p. 106 : « Nous croyons la distinction dénuée de toute valeur juridique. »

3. Politis, *Problème des limitations de la souveraineté*, *Rec. A. D. I.*, 1925, I, p. 16.

4. *Cours de droit international* (trad. par Gidel, Paris, 1929), p. 45.

De même, d'après M. Verdross pour qui la volonté de l'Etat ne peut pas être un fait extra-juridique, mais au contraire un fait juridique, qualifié donc par des règles de droit, la volonté commune n'est pas une réalité qu'on trouve par observation. Elle doit supposer une règle suivant laquelle une volonté émanant de certaines personnes est déclarée comme volonté des Etats. Or, cette exigence logique n'est pas compatible avec la thèse dualiste¹.

Nous nous permettons ici de reproduire le passage de M. le professeur Basdevant, ayant trait à la théorie de Triepel : « Cette doctrine a eu le mérite de montrer ce qu'il y avait de particulier dans les traités posant les règles de droit, qu'ils sont autre chose que le traité-contrat. Mais sans envisager sous toutes ses faces cette notion de volonté collective, on doit constater que les procédés modernes paraissent contredire l'analyse psychologique et juridique ainsi présentée. Cette notion de volonté collective est contredite par le fait que le *groupe* d'Etats liés par le traité et de qui émanerait cette volonté collective est essentiellement *changeant* : par le jeu des ratifications non simultanées mais successives, des adhésions, des dénonciations, le groupe de ces Etats se modifie fréquemment; à chacun de ces événements va-t-on dire que la volonté collective des anciens signataires s'éteint, qu'une nouvelle volonté collective se forme, cela par la volonté tacite des anciens membres du groupe et la volonté expresse du nouveau membre ? Une telle explication est trop loin des faits : *c'est un jeu de fiction.* »²

1. Fondement du droit international, *Recueil des cours A. D. I.*, 1927, I, p. 276.

2. Conclusion et rédaction des traités, *Recueil des cours A. D. I.*, 1926, V, p. 600. (*Les italiques sont de nous*).

B. — Doctrines anti-volontaristes. Nous avons assez longtemps insisté sur l'aspect de fond et de forme, de base et de méthode des doctrines strictement positivistes. Et il résulte clairement de ces réflexions que nous voulons aboutir à un autre fondement que le fondement volontariste, à un fondement moral du droit, au droit objectif ou naturel.

Tel est en effet le choix. Point si exclusivement entendu comme le veulent les monistes intransigeants, la volonté humaine étant certainement indispensable. C'est seulement lorsqu'il s'agit de la validité dernière, de la vertu obligatoire réelle du droit, que la volonté, subjective par excellence, ne peut être acceptée. En effet validité et validité objective ne font qu'un, dira Kelsen.

Mais à part la théorie du droit naturel il y a d'autres grandes écoles, énergiquement anti-volontaristes, cherchant le fondement du droit international dans les notions objectives. Telle est l'*hypothetische Ursprungsnorm*, telle est l'*idée de solidarité sociale*¹.

a) Nous venons de nommer Kelsen. La théorie exagérément exégétique, se mouvant exclusivement dans l'abs-

1. Evidemment d'autres systèmes anti-volontaristes existent nombreux. M. Anzilotti, par exemple, bien que dualiste, rejette la notion de la volonté commune de Triepel et n'admet pas la libre hypothèse kelsennienne. Selon lui la Norme-Base c'est la règle *Pacta sunt servanda*, fondement et critère de tout droit international. M. Verdross adopte aussi cette règle *Pacta sunt servanda* comme fondement du droit des gens, mais spécifie qu'elle a un double caractère : réglé positive et règle éthique supérieure. Cet auteur penche visiblement pour un droit à fondement moral.

Finalement l'idée de conscience, de conviction juridique peut être diversement interprétée, et rattachée soit au droit naturel tout simplement, soit à la solidarité sociale de Duguit avec la loi majoritaire et absence d'un critérium moral. Ainsi tout récemment le juriste japonais M. Tachi, en constatant que le *substratum* social « échappe à notre intelligence humaine », se contente de poser comme fondement du droit la conscience juridique sociale comparable à « l'esprit de la ruche » des abeilles. (*La Souveraineté et l'Indépendance de l'Etat*, Paris, 1930, p. 15).

traction et les déductions, donne lieu à beaucoup de difficultés, lorsqu'on veut la classer, et à des interprétations souvent opposées.

Ainsi dernièrement encore M. de la Bigne qui s'en prend, il est vrai, surtout à la méthode simpliste de Kelsen de n'étudier l'Etat qu'en juriste, n'hésite pas à vivement lui reprocher d'identifier l'Etat au droit, de les faire coïncider parfaitement, de ne trouver aucun rapport entre eux, parce que n'étant qu'un seul objet¹. Et l'auteur de montrer quelques conséquences absurdes de la logique kelsennienne sur le plan international.

Ensuite on objecte généralement à la norme hypothétique originaire d'être ce qu'elle se dit : hypothétique, donc peu satisfaisante, vacillante, peu précise, trop imaginaire.

Nous ne pouvons pas trancher ce point complexe. Nous reprendrons seulement quelques expressions formelles, explicites du célèbre juriste viennois, et constaterons qu'il est ennemi prononcé du volontarisme étatique, qu'il est partisan avoué de l'objectivisme juridique.

Quant à la première question, point n'est besoin d'y revenir. On connaît, parmi tant d'autres, cet argument fameux de Kelsen, que l'Etat étant le droit, la volonté de l'Etat « kann das Recht ebensowenig erzeugen oder bilden oder produzieren, wie das Recht sich selbst erzeugen, bilden oder produzieren kann² ».

Quant au deuxième point Kelsen écrit que des deux grandes conceptions de l'univers, du monde, du droit, l'une, le subjectivisme conduit, en passant par la primauté de l'Etat, à la négation du droit, l'autre, l'objectivisme

1. *Traité général de l'Etat*, p. 398.

2. *Das Problem der Souveränität*, p. 25.

produit la primauté de l'ordre international et possède la supériorité morale¹.

En ce qui concerne notre problème, le problème du fondement du droit des gens, nous devons relever ces déclarations de Kelsen : « Pour que le droit international soit un véritable droit, il doit posséder une validité objective, c'est-à-dire, indépendante de la volonté des sujets obligés. » Et encore : « Cette affirmation d'un droit international « naturel », c'est-à-dire au fond indépendant de la volonté des Etats, s'impose. »²

b) Nous connaissons déjà l'attitude de *Duguit* envers l'Etat, hypostasié par les auteurs allemands. Il niera la réalité de son existence. Il n'y a qu'une simple collection des individus. Il n'y a par conséquent aucune distinction entre la source de l'obligation du droit international et celle du droit interne. La seule base, le fondement unique de tous les rapports sociaux : droit objectif. Et ce droit objectif, qu'est-il, pourquoi est-il réel ? Par le fait de la solidarité sociale.

On fait de grandes réserves dans la doctrine, au sujet du contenu, du principe directeur du droit objectif de *Duguit* : le *fait* de l'interdépendance sociale se transformant en *principe* ne peut satisfaire. C'est trop amoral. Et le néant moral ne peut être qu'immoral. Alors pour sortir d'un tel primitivisme juridique, il faut trouver un appui autre que la simple solidarité. Lequel ? Recours à un critère universaliste, humanitaire, finaliste ? Mais alors où sont, demandera M. de Lapradelle, « ces principes supérieurs à toute loi positive ? N'est-ce pas la métaphysique et le mystère qui reviennent sous un autre nom,

1. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Rec. A. D. I., 1926, IV, p. 325.

2. *Op. cit.*, pp. 300 et 301.

avec le culte rétabli d'un droit naturel nouveau ? »¹. Et M. de la Bigne d'ajouter : « et d'un droit naturel qui est bien loin de valoir, à aucun point de vue le vieux Droit Naturel admis traditionnellement par toutes les philosophies et même par toutes les religions spiritualistes. » Ainsi la base morale se trouve toujours et partout indispensable. « Tout ce qu'il y a d'exact et d'utile dans la doctrine entière de M. Duguit n'est que l'expression, sous une forme rajeunie des plus vieilles vérités du Droit naturel². »

Or, Duguit rejette tout principe éthique, comme étant variable, vague, incertain. Mais alors il retombe dans les conséquences désastreuses d'un individualisme sans frein, lequel il voulait justement éviter, lequel il a toujours violemment attaqué.

Comme résumé citons cette opinion du professeur Brierly : « La notion de solidarité ne donne qu'une apparence pseudo-scientifique à ce qui est en partie une vérité morale aussi vieille qu'Aristote, et en partie simple aspiration³. »

Une aspiration, jamais — vu la nature humaine — complètement réalisable, ne s'imposant d'ailleurs pas, à elle seule, à l'homme, ne peut justifier le caractère obligatoire du droit, ne peut lui servir de fondement ultime.

c) Ainsi les louables essais des doctrines anti-volontaristes, objectives qu'on vient de résumer, présentent certains défauts. Il faut se rendre à l'évidence que c'est

1. Cité par De la Bigne de Villeneuve, *Traité général de l'Etat*, Paris, 1929, p. 454.

2. De la Bigne, *op. cit.*, p. 450.

3. *Fondement du caractère obligatoire du droit international*, Rec. A. D. I., 1928, III, p. 545.

seulement la *théorie du droit naturel*, proclamant ouvertement que tout le droit est à fondement moral, théorie altérée au XVIII^e siècle, mais mise au point par les naturalistes modernes, qui n'offre flanc à aucune critique essentielle, à aucune objection fondamentale, étant à la fois simple, souple et profonde. Sans exclusivité d'un méthodisme outré, sans exagération d'un réalisme trop poussé, elle peut parfaitement être adoptée comme base des rapports internationaux, comme elle est suivie dans les relations internes.

M. Le Fur constate le nombre croissant des juristes de tous les pays se ralliant à la conception du droit naturel¹. Mais ce droit « loin d'être une rêverie, ou de constituer tout au plus une pure théorie renfermée dans les ouvrages de certains auteurs, est au contraire une réalité universelle »². L'exemple de la Chine est là. Les systèmes juridiques des Anglo-Saxons sont pénétrés de ce *jus naturæ*, comme jadis les Romains le concevaient. M. James Brown Scott n'insiste-t-il pas sur le fait que pour Story, un des plus grands juges américains, parmi les trois sources du droit international, la première et la principale est le droit naturel³.

On ne peut donc suivre l'avis du professeur Burckhardt que le droit des gens est un droit *subjectif contractuel*. « Le droit international a un fondement objectif, il est de nature institutionnelle et non pas consensuelle, contractuelle ou volontaire. »⁴

Le droit naturel n'est pas étranger à la pratique des

1. *Le droit naturel et le droit rationnel*, R. D. I., 1927, p. 661.

2. *Op. cit.*, p. 669.

3. *Universalité du droit des gens*, R. D. I., 1927, p. 653.

4. Delos, *La Société internationale et les principes du droit public*, thèse Paris, 1928, p. 339.

Etats. « Si on joint à ceci l'application de plus en plus fréquente par les tribunaux internationaux du droit commun international, qui n'est guère au fond qu'une forme nouvelle de l'ancien droit naturel, et qui s'applique en dehors non seulement de tout traité, mais même d'une coutume internationale reconnue par l'Etat intéressé, on voit combien sur bien des points la supériorité du droit international sur le droit interne est déjà admise à notre époque non pas seulement en théorie, mais aussi par la pratique internationale. »¹

1. Le Fur, *Préface au Traité général de l'Etat* de De la Bigne, Paris, 1929, p. XXXI.

CHAPITRE II

L'ETAT ET SA SOUVERAINETE

Section première. Question centrale du droit international. — **Section II.** Résumé critique de l'histoire de la notion de souveraineté.

Section première. — Question centrale du droit international

La souveraineté est-elle limitée par le droit ou est-elle source du droit ? Complexité dans la doctrine. La variété des opinions résulte de la différence de façon d'envisager le problème. La vraie méthode : essai de conciliation des principes qui s'opposent.

Devant celui qui veut tenter l'audacieuse entreprise de pénétrer dans le labyrinthe de la souveraineté, un obstacle se dresse à l'entrée : l'énorme multitude des écrits, la masse immense des études. Dans la discipline juridique peu de notions ont été aussi attentivement examinées et étudiées, aussi vigoureusement critiquées et attaquées que ce problème de la souveraineté. Et il en résulte que la position même de la question devient obscure. Le manque de clarté de ce qui constitue l'énigme, rend sa solution encore plus difficile.

Qu'est-ce que la souveraineté ? Une simple fiction ou un concept réel ? Et que suppose-t-elle, que contient-elle ? Une puissance absolue, sans condition, exclusive

de toute frontière, ou un pouvoir conféré et limité par le droit international, devant se soumettre à l'ordre international et se conformer aux principes généraux du droit objectif ?

Dans un autre ordre d'idées, cette souveraineté, postulat de la notion de l'Etat, sa condition générale, en est-elle le critère, le signe caractéristique, par lequel l'Etat se distingue des autres groupements autonomes (communes, provinces, colonies) ?

Mais surtout est-ce que le maintien de l'idée de souveraineté conduit nécessairement au renversement du droit international, à son exclusion, à sa négation, à la destruction, au point de vue juridique, de la communauté internationale ? Ou se trouve-t-elle au contraire, à la base du droit des gens, comme sa conception utile, positive, constructive, comme son fondement primordial ?

Devant ces difficultés complexes, nous croyons pouvoir renouveler notre point de vue, nous pensons pouvoir établir l'existence des liens entre ces problèmes ardues et la conception générale qu'on se fait du droit, de son fondement, de sa justification philosophique. En effet, en réduisant toute la tâche à la vieille querelle de la priorité du droit à l'Etat ou de l'Etat au droit, on s'aperçoit que c'est la réponse à la question : qu'est-ce que le droit, qui commande les solutions sur le terrain de la souveraineté. Le système tout entier dépend de l'idée du droit qu'on adopte d'abord.

Logiquement donc le problème de la souveraineté se trouve absolument le plus important pour la construction d'un édifice doctrinal du droit des gens. Ce problème est le centre de la théorie juridique internationale, le centre vers lequel convergent et tendent toutes les autres ques-

tions. Mais tel n'est pas l'avis unanime. Les publicistes de droit abondent en idées originales, en thèses contradictoires.

Entrons ici dans le vif du débat et présentons, à titre d'illustration des extraordinaires divergences dans la littérature juridique à ce sujet, deux vues diamétralement opposées de deux auteurs modernes :

M. Politis voit dans la souveraineté, « mot évocateur d'idées fausses et périmées », un formidable obstacle au développement de la justice et de la paix¹.

On sait que M. Politis, ennemi de la routine, partisan des théories nouvelles, très avancées, espère et prévoit un changement du droit international, changement au gré des évolutions doctrinales. Tandis que M. Verdross, plus respectueux de la tradition, n'hésite pas à affirmer que la notion de la souveraineté est le point cardinal de la doctrine dominante et que tous les problèmes y aboutissent².

Comment expliquer la diversité des opinions, la variété des propositions, la confusion des définitions qui règnent parmi les auteurs ayant traité — et presque tous les internationalistes l'ont fait — la souveraineté ? Faut-il l'attribuer à leur négligence, à la différence de leurs sentiments, de leur savoir ? Nullement ! Les écrivains de droit nous présentent la perfection d'érudition, de sincérité, de conscience scientifique. Seulement ils sont des hommes. Et la formation scientifique de l'homme est différente dans toute discipline... Il en résulte une différence dans le choix et l'emploi des méthodes. Et alors il

1. Le problème des limitations de la souveraineté, *Recueil des cours A. D. I.*, 1925, I, p. 19.

2. «-Das Zentrum, um das herum alle übrigen Probleme kreisen », *Einheit des rechtlichen Weltbildes als Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, p. 1.

arrive que les savants ne s'accordent pas et que leurs conclusions s'accordent encore moins.

Nous essayerons de trouver les causes de l'anarchie, reine au royaume de la souveraineté, dans ce fait qu'il y a deux façons d'envisager et d'étudier la question.

Faut-il d'abord préciser *à priori* la notion de la souveraineté, rechercher ce qu'elle est, définir son contenu (pouvoir absolu ou relatif), déterminer son caractère (substance originaire ou qualité conférée) ? Et examiner ensuite si la vie internationale s'adapte à cette hypothèse.

Ou faut-il plutôt s'adresser immédiatement, directement, à la réalité internationale, y observer ce pouvoir étatique mystérieux, l'analyser, dégager ses traits, ses caractéristiques et ses limites s'ils existent ? Voilà deux méthodes différentes. La déduction et l'induction, le raisonnement et le procédé expérimental. Ces deux grands procédés s'excluent-ils l'un l'autre, en d'autres termes : le dilemme est-il fatal ? Non ! Ici comme toujours, comme partout, l'exclusivisme est à condamner. La vie n'est ni rigide ni « unilatérale ». Et la science doit l'imiter pour éviter les erreurs. Elle doit être souple, éclectique.

Il nous sera facile de démontrer que chacun des deux procédés, pris exclusivement, produit un résultat faux et insuffisant.

Ainsi si nous prenons comme point de départ un concept aprioriste, par exemple « la souveraineté est la puissance arbitraire, inconditionnée » il est clair que, munis de ce dogme, nous n'éviterons pas les contradictions qui surgiront au contact de la vie internationale. Et dès lors toutes les solutions prêteront flanc à la critique malgré l'ingéniosité que nous pourrions montrer dans

les constructions juridiques. On rencontrera un exemple très frappant de ces errements dans la controverse du critère de l'Etat. Dans la vaste théorie de l'Etat fédéral, dans les efforts des juristes à découvrir un caractère essentiel, distinctif entre l'Etat et les autres collectivités autonomes (provinces, colonies, communes), on retrouve cette grave faute de logique juridique : selon la thèse qu'on va défendre on adopte *à priori* telle ou telle hypothèse ; si l'on soutient que la souveraineté n'est pas de l'essence de l'Etat, on en construira une définition exorbitante, extrémiste, irréaliste, impossible à observer parce que non viable dans la société internationale ; et on en déduira que la souveraineté ne peut fournir la condition essentielle de l'Etat. M. Politis définit la souveraineté : « la puissance suprême, le pouvoir le plus entier, le plus complet que l'on puisse imaginer ». Et armé de ce principe, arme forgée *ad hoc*, l'auteur va se lancer à l'assaut de la souveraineté. Il posera le dilemme « auquel on ne peut échapper : ou l'Etat est souverain et alors il ne saurait être soumis à des règles impératives ; ou il y est soumis et alors il n'est pas souverain. »¹ Cette conclusion paradoxale : une souveraineté « pouvoir le plus complet » qui va être tout simplement, sans transition aucune, bannie et condamnée, nous intrigue. Comment ! Ne peut-on vraiment échapper au dilemme ? On le peut, et facilement, croyons-nous. Le dilemme a été établi librement, arbitrairement. Une modification des termes est possible et légitime...

De l'autre côté, si nous nous en tenons *uniquement* à l'observation, aux faits, à l'histoire, nous commençons une

1. Op. cit., p. 14.

nouvelle hérésie, une trahison flagrante de l'esprit humain, une méconnaissance complète de la nature de l'homme qui cherche à tout contrôler par sa raison, qui a une tendance perpétuelle à comprendre, à examiner sous l'angle philosophique les faits extérieurs, les manifestations de la vie sociale. L'homme, le principe même de l'univers, voit la base de ses déductions non pas dans le monde extérieur, mais dans lui-même, dans son être... Ainsi l'expérience sans un peu de philosophie nous servirait mal, et l'interprétation des faits sans un principe rationnel nous mènerait droit au chaos arbitraire et pseudo-scientifique¹.

Concluons donc sous le signe d'éclectisme. Les deux méthodes doivent se compléter et s'harmoniser ? Leur fusion appropriée et heureuse doit présider tout travail scientifique.

Ces réflexions vont commander notre point de vue dans la matière. Nous nous rallierons volontiers au système qui aura concilié les antinomies et évité les contradictions. La souveraineté est assurément un attribut essentiellement étatique. A l'intérieur, dans les rapports de l'Etat avec ses sujets, elle signifie, (et ne peut signifier autre chose), le pouvoir suprême, la compétence en dernier ressort, le droit du dernier mot. Seulement, l'exercice de cette puissance souveraine a pour base, pour condition, pour but : le bien collectif, la loi du groupe, le droit. Ainsi précisée la souveraineté existe certainement, elle n'est pas si fictive, comme on veut le croire,

1. Ceux-là même qui s'interdisent de jamais user des procédés abstraits ne font finalement que de l'abstraction. Voir la démonstration de M. de la Bigne (*Traité général de l'Etat*, p. 453), au sujet du réalisme de Duguit.

puisque nous la rencontrons et l'observons tous les jours.

Mais que se passe-t-il à l'extérieur, dans les relations de l'Etat avec d'autres Etats, ses égaux ? Ici il ne peut plus être question d'un pouvoir de commandement, du droit du dernier mot, même limité. La souveraineté se traduira en une simple indépendance, mais indépendance régie par le droit international, comme la liberté des individus est soumise à l'intérieur de l'Etat au droit interne.

Dans la consultation que MM. Berthélemy, Le Fur et Julliot de la Morandière ont donnée dans une affaire de la compétence de l'Organisation Internationale du Travail¹ nous trouvons cette brève synthèse de la question : « Le droit public, international et interne, est dominé par deux grands principes... qui constituent le droit commun... Le premier est celui de la souveraineté de l'Etat, souveraineté interne, ou indépendance internationale. La théorie de la souveraineté absolue de l'Etat a été battue en brèche, et avec raison : le droit n'est pas la volonté arbitraire des gouvernants... »

Il s'agit donc de délimiter la compétence internationale de l'Etat. Il s'agit de résoudre le vieux problème de l'humanité : la conciliation du principe de la liberté avec celui de l'autorité... A l'examiner rationnellement et pratiquement on arrive à la même conclusion. Une liberté absolue ne peut pas être conçue dans la société humaine. Elle s'y détruit elle-même, et appliquée démontre sa propre négation aboutissant à l'anarchie.

Le respect du droit s'impose aux Etats souverains. Il ne peut pas être laissé, et il n'est pas laissé à leur libre disposition.

1. Faisant l'objet de l'avis n° 13. Voir *Publications de la Cour*, série C, n° 12, p. 195.

Section II. — Développement de la notion de souveraineté.

Ceci posé, laissons-nous entraîner par l'intérêt incontestable que présente l'étude de la souveraineté dans l'histoire des doctrines.

On peut constater que depuis le Moyen-âge, à travers la Renaissance jusqu'aux temps modernes, malgré certaines atténuations des scolastiques, malgré l'incertitude et l'obscurité dans l'œuvre de Grotius, le dogme de la souveraineté absolue a encore complètement dominé le XIX^e siècle.

La thèse dominante à l'origine de la formation des Etats modernes, lors de la lutte du roi avec la féodalité, voyait dans le souverain la source du pouvoir, du droit et de la justice. Bodin, au XVI^e siècle, apporta bien une limitation en enseignant que le souverain, dans le domaine international, était lié par le droit conventionnel et naturel. Les Espagnols Vitoria et Suarez professaient que la souveraineté était conférée aux Etats par la communauté des gens, par le droit de l'humanité¹.

Grotius, qui résuma avec succès les théories de ses prédécesseurs, fut moins heureux sur ce terrain peut-être, puisque sa doctrine donna lieu, et donne lieu encore aujourd'hui, à des interprétations et écoles tout-à-fait opposées. Il définit l'Etat comme une association d'hommes libres et spécifie que la souveraineté en constitue le critère; et la souveraineté elle-même « *summa illa potestas dicitur, cujus actus alterius juri non subsunt* ». Mais on sait d'autre part que l'élément du droit naturel, les

1. V. Verdross, Le fondement du droit international, *Recueil des cours A. D. I.*, 1927, I, p. 309.

considérations sociales, la communauté internationale occupaient une grande place dans l'œuvre de Grotius : toutes idées inconciliables avec la notion de souveraineté absolue¹. Devant ces faits le professeur anglais M. Brierly ne craint pas de déclarer que la théorie de la souveraineté chez Grotius est confuse et double².

En face de ces juristes précurseurs et fondateurs du droit international, nous voyons une pléiade imposante des philosophes, des penseurs les plus représentatifs de leurs époques, acquis à l'idée de la souveraineté illimitée de l'Etat, champions de l'Etat tout-puissant, protagonistes de son absolutisme. Spinoza, Hobbes, Locke; Voltaire, Rousseau; Kant, Hegel — portent un coup terrible au développement du droit des gens naissant. Leurs théories politiques et sociales ont une influence énorme sur leurs contemporains. Voilà que Vattel, fort des nouvelles acquisitions, introduit la souveraineté absolue dans la science du droit international, l'expose et la défend en juriste. Il prépare le chemin aux grands auteurs allemands qui vont venir : Bergbohm, Ihering, Jellinek et autres, tous épris de la conception absolutiste de l'Etat, jusqu'aux publicistes d'avant la guerre qui chanteront des hymnes à sa toute puissance.

La notion de la souveraineté absolue de l'Etat a eu donc, avant d'être combattue victorieusement, une vie très florissante aux XVIII^e et XIX^e siècles. A cette époque, ses fondements vont être changés. Les origines religieuses, divines, mystiques du pouvoir illimité de l'Etat (du chef de l'Etat) font place aux bases modernes, juridiques,

1. V. Verdross, *op. cit.*, p. 310; Le Fur, *Rec. A. D. I.*, 1927, III, pp. 290, 321.

2. Le fondement du caractère obligatoire du droit international, *Recueil A. D. I.*, 1928, III, p. 493.

sociales. Les sciences sont devenues laïques et les hommes, éblouis par les résultats de la méthode expérimentale, croient déjà pouvoir atteindre la Vérité...

L'idée, chère à Rousseau, du contrat social, idée riche des vérités philosophiques, inépuisable en erreurs sociologiques, fut reprise et appliquée sur le plan international. Kant est amené ainsi à la liberté sans réserves de l'Etat dans le droit international, ou mieux dans la vie internationale, puisque logiquement le droit des gens n'existe pas. Le droit interne, le droit étatique puise son origine et sa vertu dans le contrat social que les hommes ont autrefois conclu entre eux. Or, il n'y a jamais eu de contrat intersocial entre les Etats. Le droit international ne saurait par conséquent exister. Les Etats n'ayant rien abdiqué de leurs droits *naturels*, leur souveraineté demeure entière, intacte et absolue. De là l'impossibilité de concilier un concept exact de l'Etat et ses attributs, avec celui du droit international.

Alors la thèse de l'absence du contrat intersocial et de ses deux conséquences impérialistes — souveraineté absolue et inexistence du droit des gens — va servir de base à la théorie des droits fondamentaux et autres hypothèses individualistes.

Mais cette théorie des droits fondamentaux, naturels, subjectifs des Etats sera-t-elle, serrée de près par la critique, condamnée, rejetée, comme trop hypothétique, imaginaire, se heurtant à la vérité historique; exagérément individualiste, donc fausse philosophiquement; finalement inexacte, inadmissible à l'analyse. « C'est une illusion d'imaginer qu'un système juridique peut naître des droits subjectifs conçus comme existant dans l'état de nature. »¹

1. J. Brierly, *op. cit.*, p. 473.

M. L. Duguit, l'une des plus grandes figures de juriste de l'ère moderne, grand innovateur, ayant creusé tous les problèmes complexes du droit, viendra nier et les droits subjectifs et la souveraineté et l'Etat. Nous sommes au cœur de la doctrine, en quelque sorte ultra-moderne, qui voudra — dans une réaction excessive — démolir « les erreurs du passé ». Dans leur ardeur les partisans et les disciples de la nouvelle école renversent toutes les notions acquises. On ne veut plus de souveraineté. On ne lui trouve que des inconvénients. D'ailleurs elle n'existe déjà plus ! « Virtuellement abolie » elle n'est aujourd'hui qu'une illusion d'optique, comme l'éclat de ces astres depuis longtemps éteints¹... Le fait est que l'on rencontre dans la vie sociale des collectivités, des groupements d'hommes, ce qu'on appelle fictivement Etats, dont quelques-uns — les gouvernants — régissent les autres (autorité publique, souveraineté). Dans cet ordre d'idées le passage suivant de M. Politis est très significatif et caractéristique. « Si débarrassé des dogmes et des fictions on regarde la réalité bien en face, on s'aperçoit que ce qu'il y a derrière la prétendue souveraineté, c'est le libre exercice, dans les limites du droit, des diverses activités dévolues aux gouvernants. »²

La thèse négatrice est exagérée

Cette négation de toute souveraineté, de même que la négation de tout droit de l'Etat est erronée et abusive. Les droits subjectifs existent, mais ne sont que la « monnaie du droit objectif ». La souveraineté existe aussi,

1. Politis, *op. cit.*, p. 10.

2. *Op. cit.*, p. 20.

mais n'est ni arbitraire, ni tyrannique, ni omnipotente. C'est la qualité d'un pouvoir bien défini et limité par un pouvoir supérieur et antérieur : le droit.

Qu'il nous soit permis d'exposer ici les constatations auxquelles arrive un internationaliste qui ne se targue certainement pas de « fictions ». M. le professeur Basdevant dans l'examen de cette « prétendue » souveraineté dans la jurisprudence internationale, en résume les trois données positives suivantes : 1° il n'y a aujourd'hui aucune autorité humaine établie au-dessus de l'Etat; 2° l'Etat possède des pouvoirs juridiques qu'aucune autorité humaine ne peut (juridiquement) lui enlever sans son consentement. Cette indépendance juridique constitue la souveraineté, qui fait distinguer l'Etat de la commune; 3° l'Etat est soumis au droit international positif. Le terme souveraineté devient ici indépendance¹.

Nous verrons que ces trois formules contiennent tous les éléments de la réalité, de la vérité, qu'une doctrine modérée et claire, exacte à notre sens, conciliatrice au milieu des thèses intransigeantes, ne se lasse pas d'exprimer.

Pourquoi donc les négateurs s'obstinent-ils ? Et d'où provient leur erreur ? De leur propre position. En effet, lorsque M. Politis affirme qu'« une souveraineté réduite n'en est plus une, car par définition elle implique une notion absorbante et exclusive de toute restriction »², lorsque M. Kelsen déclare de même que la conception de souveraineté relative est impossible et contradictoire (le superlatif étant absolu par nature), en se refusant

1. Cours de doctorat 1927-1928.

2. Limitations de la souveraineté, *Rec. A. D. I.*, 1925, I, p. 18.

de l'accepter, parce qu'il faudrait alors donner cette épithète aux communes aussi, il y a là tout simplement un parti pris volontaire contre une locution, dangereuse et équivoque, et pas plus ! L'on verra qu'aucune différence de fond ne peut être trouvée entre ceux qui tiennent aujourd'hui à ce terme de souveraineté, et ses démolisseurs acharnés.

Deux distinctions nécessaires

Pour rétablir un peu d'ordre, et former une conclusion, deux distinctions fondamentales, deux ordres de précisions s'imposent. Elles résument fidèlement et les tendances et les acquisitions d'une opinion que nous venons d'appeler modérée et conciliatrice.

1. L'objet de beaucoup de querelles verbales diminuera singulièrement lorsqu'on s'avouera franchement que dans le domaine international la souveraineté est un non-sens. Pour un juriste, cette notion précisée, qualité d'un pouvoir de commandement en dernier ressort, ne peut, c'est l'évidence, nullement exister dans les rapports entre les Etats. L'unanimité est, au fond, complète là-dessus parmi les auteurs. C'est pourquoi M. de la Bigne de Villeneuve qualifie de position bizarre lorsque « M. Duguit consent à tolérer le mot et l'idée de souveraineté extérieure, tandis qu'il nie la souveraineté interne. » Evidemment la formule inverse sera bien plus exacte. « Parler de souveraineté extérieure est donc une impropriété des termes et il faut proscrire l'expression d'Etat souverain en droit international, pour le remplacer par le mot propre, qui est celui d'Etats indépendants »¹.

1. *Traité général de l'Etat*, Paris, 1929, pp. 457 et 458.

De même, selon M. W. Garner, l'idée de souveraineté, assez correcte en tant que concept de science politique et de droit constitutionnel, est trompeuse dans les relations internationales¹.

Récemment encore, le professeur japonais M. Sakutaro Tachi se déclare partisan ferme du maintien de la notion de souveraineté en droit interne. « A notre avis, cette idée de la souveraineté, conçue comme existant dans le cadre du droit interne est la seule qui doive être soutenue. » Selon ce juriste, la souveraineté n'est pas absolue dans sa substance, mais simplement un pouvoir supérieur de commandement. Tandis qu'à l'extérieur l'Etat ne possède qu'un droit international, le droit d'indépendance à faire respecter par les autres Etats l'exercice de la souveraineté dans certaines limites, reconnues par le droit des gens².

2. Ensuite, à l'intérieur, une seconde discrimination est indispensable. Il s'agit de la dualité du sens que peut comporter le mot souveraineté. Les juristes allemands, Jellinek surtout, distinguent soigneusement la *Souveränität* et la *Staatsgewalt*. Cette dernière est la puissance étatique, ensemble des pouvoirs exercés par l'Etat, puissance publique. Elle est divisible et en réalité elle est divisée. Mais il ne faut pas tomber dans l'erreur et la confondre avec l'autre aspect du problème. L'autre acception, la *Souveränität*, l'attribut essentiel de l'Etat, n'est en effet qu'une qualité du pouvoir et non pas un droit propre, originaire. Qualité de l'autorité, comme la

1. *Le nouveau droit international*, R. G. D. I. P., 1930, p. 239.

2. *La Souveraineté et l'Indépendance de l'Etat et les Questions Intérieures en droit international*, Paris, 1930, pp. 22, 38.

blancheur est la qualité de l'objet blanc, mais ne pouvant pas être appropriée¹. Voilà donc où il faut chercher le plus souvent la clé de la question.

La souveraineté ainsi conçue, est définie par M. de la Bigne de Villeneuve : « caractère qui appartient à la puissance de l'Etat d'être indépendante et suprême dans la sphère de son activité essentielle, et de pouvoir par conséquent prendre ses décisions en dernier ressort et les rendre exécutoires, au besoin par la contrainte. »²

Maintien du terme souveraineté

Il faut se dresser contre ce goût étrange de bannir les termes les plus connus et les plus pratiques, de ne pas appeler les choses par leur nom. Sous le masque d'une prétendue précision on s'interdirait tout entendement, si on ne devait plus nommer l'Etat par *Etat*, le droit par *droit*³. Il convient donc de conserver ce terme *souveraineté* dans le sens qu'on vient de lui donner. Il est utile, indispensable et certainement plus propre que ses remplaçants proposés, longs et obscurs. S'il peut prêter à la confusion et à une mauvaise interprétation, il n'y a pas lieu cependant de lui imputer les conséquences néfastes de la politique, qui se produiraient tout aussi bien sous l'empire d'une autre dénomination, il ne convient pas de lui attribuer les erreurs voulues et obstinées de la doctrine.

1. Le Fur, *Préface au Traité de l'Etat* de De la Bigne, p. XV.

2. *Traité général de l'Etat*, p. 460.

3. En 1907, Duguit écrivait dans la *Revue du droit public* (p. 419) au sujet du mot *droit* : « Au risque de paraître paradoxal, nous estimons que ce serait un grand progrès de bannir ce mot de la langue scientifique ».

Nous ne pouvons pas suivre cette appréciation, exagérée peut-être, autour de l'abandon ou du maintien du concept de souveraineté : « il y va en même temps que du sort de notre science, de l'avenir de la civilisation. »¹

Il n'existe aucune raison fatale ni impérieuse qui imposerait le sens d'absolu, d'illimité à la notion de la souveraineté. Pourquoi dès lors y revenir constamment et, devant l'impossibilité évidente d'un tel contenu de la notion, en vouloir changer l'appellation ? Pourquoi aggraver encore l'imbroglia ? Ne vaut-il pas mieux garder le nom et s'avouer que ce contenu exorbitant n'a jamais été possible, que la discussion a donc été vaine.

Il ne s'agirait alors que de *définir* exactement ce que la souveraineté pouvait contenir. En effet, à l'analyse, tout se réduit à une pure bataille des définitions. Nous avons dit plus haut qu'on tendait à une soi-disante précision. Parce que vraiment l'antinomie n'est qu'apparente et l'accord règne sur le fond de la question.

Ainsi quand on expose que la souveraineté est un superlatif, *suprema potestas*, et que la semi-souveraineté est une contradiction (Strupp), quand on proclame qu'« on est indépendant ou on ne l'est pas » (Politis), on traduit par là des équations mathématiques certaines, des vérités trop évidentes. Point n'était besoin de les répéter. Car ce n'est là qu'une critique inutile. On est obligé de proposer une solution. Laquelle ? Nous lisons alors des formules comme celles-ci : capacité d'agir plus ou moins restreinte, libre exercice des activités dans le cadre du droit, liberté d'action et de législation dans les limites

1. Politics, Limitations de la souveraineté, *Rec. A. D. I.*, 1925, I, p. 11.

du droit des gens. Comment donc ! N'est-ce pas la même chose ? N'entend-on pas absolument les mêmes paroles chez M. Verdross, qui trouve au contraire qu'il est tout-à-fait justifié de réserver le terme souveraineté à la « compétence conférée par le droit international directement à l'Etat. »¹ L'irréductible divergence se joue donc autour d'un terme. Les uns trouvent ce nom de souveraineté très bien, les autres l'ont en horreur. Va-t-on se battre pour un nom ? Puisqu'il semble qu'il le faut, nous nous rangeons du côté des partisans de ce mot latin expressif.

Opinion de M. Le Fur

Nous sommes tenté de rapporter ici le passage clair et décisif que M. le professeur Le Fur a écrit dans la Préface au livre de M. de la Bigne. Ce passage nous vient fort à propos. Il constitue également la meilleure réponse, à notre sens, au malentendu qu'a dernièrement commis M. Spiropoulos en présentant M. Le Fur comme appartenant à une *minorité* des auteurs qui voient *encore* dans la souveraineté le signe essentiel de l'Etat². Le savant grec, dans sa disposition d'un relativisme destructif, n'a pas assez fidèlement exposé l'attitude de M. Le Fur. Certaines nuances s'imposent en effet. Peut-être n'avait-il pas encore lu la préface dont nous parlons. Ensuite il n'inspire certainement pas grande persuasion lorsqu'il oppose à la thèse de M. Le Fur, un juriste allemand M. Knubben comme exemple de l'opinion dominante, et

1. Fondement du droit international, *Rec. A. D. I.*, 1927, I, p. 315.

2. *Théorie générale du droit international*, Paris, 1930, p. 128.

en même temps avoue ne pas saisir lui-même ce que M. Knubben entend par la souveraineté. Il cite en effet (en allemand, n'ayant pas pu la traduire) une gigantesque et incompréhensible définition de la souveraineté, due à cet auteur¹.

Après cette digression voici le passage dont il s'agit : « Ils » (ceux qui rejettent la notion de souveraineté en droit interne) « croient avoir tout sauvé quand ils remplacent le terme de souveraineté par celui d'attribution de compétence, de même qu'ils croient avoir justifié la négation des droits subjectifs quand ils ont substitué à cette expression celle de « situations juridiques subjectives conformes au droit objectif », ou de « pouvoir de vouloir un effet de droit », qui sont seulement plus longues et plus compliquées. Il est facile d'affirmer, comme le faisait encore récemment un partisan de ces théories, que la vieille idée de souveraineté territoriale est périmée, qu'il ne s'agit en réalité, là où on l'invoquait, que d'une attribution de compétence et que tout le reste est fiction pour ceux qui rejettent à la fois le concept de la personnalité de l'Etat et celui de droit subjectif. Attribution de compétence ? A qui, et par qui faite ? Sans doute par la « Solidarité internationale » dotée pour la circonstance d'intelligence et de volonté ? Mais si l'Etat personne juridique est une fiction, la communauté internationale l'est encore bien davantage ! Et attribution de compétence faite à qui, sinon aux gouvernants de tel Etat, c'est-à-dire non pas à tel ou tel individu agissant en cette qualité, mais à une autorité constituée agissant au nom de l'Etat, le liant lui et lui seul, et non pas le ou les signataires de l'acte personnellement.

1. *Op cit.*, p. 125, note 8.

Enfin cette attribution de compétence ne sera-t-elle jamais faite en dernier ressort ? De la décision prise, pourra-t-on toujours recourir à une autorité supérieure, juridictionnelle ou non, nationale ou internationale ? Si la chose est impossible, et s'il faut bien toujours s'arrêter à un point donné — *quis custodiet ipsos custodes* ? — n'est-ce pas du pur verbalisme que de rejeter en même temps souveraineté et droit subjectif, de tout remplacer par des « attributions de compétence » dont certaines seront forcément en dernier ressort : comme si ce n'était pas précisément là ce qui a toujours été appelé souveraineté ! Ce qui est à rejeter, c'est la conception abusive de la souveraineté illimitée ; mais quelle est la notion juridique qui subsisterait s'il fallait supprimer toutes celles qui ont donné lieu à des abus ? Et il est impossible sans se mettre en contradiction avec le fait social le plus certain, de nier l'existence d'autorités statuant en dernier ressort. Aussi est-il curieux de voir combien fréquemment les auteurs qui rejettent les termes de souveraineté, de droit subjectif et d'Etat même, ne peuvent faire autrement que d'y revenir eux-mêmes pour éviter de longues et obscures périphrases. »¹

Conclusion

Il apparaît clairement qu'aujourd'hui la préoccupation principale des auteurs n'est plus le dilemme entre la souveraineté absolue ou la souveraineté relative. La question s'est déplacée. On se demande à présent s'il y a une souveraineté même relative.

1. Le Fur, *Préface au Traité général de l'Etat* de De la Bigne, Paris, 1929, p. XIX.

Mais cette souveraineté relative s'exerçant dans les frontières du droit international, comment est-elle limitée ? La compétence exclusive est-elle règle ou exception ? On le verra lors de l'étude du domaine réservé.

La conception étatique du droit (l'Etat unique source de la règle juridique soit à l'intérieur, soit à l'extérieur) produisant fatalement une souveraineté absolue semble donc être résolument et définitivement rejetée. Cependant on a pu en apercevoir quelques signes d'une vie nouvelle tout récemment dans l'étude de M. B. Akzin¹, où l'auteur arrive aux plus pures des constatations de Jellinek : la volonté de l'Etat, seul fondement existant du droit. Les derniers Mohicans, comme les appelaient il y a cinq ans M. Sukiennicki, vont-ils reprendre l'attaque ? Les parades de Duguit l'attendent. Elles suffisent largement.

Notre quintessence en matière de souveraineté sera donc celle-ci : « en droit interne elle n'est que relative, et en droit international il n'y a aucune souveraineté, mais seulement une indépendance, elle-même simplement relative. »²

1. *Les problèmes fondamentaux du droit international public*. Paris, 1929.

2. Le Fur, *Conditions d'existence d'une Union européenne*, *R. D. I.*, 1930, n° 3, p. 77.

DEUXIÈME PARTIE

**Conceptions de la Cour Permanente
de Justice Internationale**

PRELIMINAIRES

Problèmes fondamentaux du droit devant la Cour. Les principes généraux. Questions touchant plus spécialement le droit international.

Les questions fondamentales du droit que nous venons de traiter en théorie et en doctrine, comment se reflètent-elles dans la pratique judiciaire de la Cour Permanente de Justice Internationale ?

Tout d'abord il convient de ne pas perdre de vue que la Cour étant un tribunal, n'a pas à se prononcer d'une manière générale, théorique, ni faire œuvre doctrinale. En effet, malgré les tentations que n'ont pas manqué de lui fournir les constructions savantes des mémoires, rédigés par les doctrinaires les plus réputés, malgré les plaidoiries des plus grands internationalistes, la Cour ne se laisse pas entraîner sur un terrain non approprié à ses fonctions. Elle se confine dans son rôle strictement judiciaire, et évite le plus souvent de se prononcer sur les problèmes soulevés devant elle, en se « réservant la question » (exemple : dans l'affaire du Wimbledon, elle ne veut pas répondre si la notion de servitude peut être acceptée dans le droit international. Elle fait de même dans l'affaire des Zones franches au sujet de la stipulation pour autrui. Et l'on observe une attitude analogue lors de l'arrêt du Lotus relativement à l'admissibilité du système de protection.)

Cela étant posé, nous ne trouverons certainement pas des passages sur la philosophie du droit dans les arrêts et avis de la Cour. Ces arrêts et avis sont des solutions de cas concrets, de cas d'espèce, et ne contiennent pas d'opinions doctrinales des magistrats.

Mais cela ne veut pas dire qu'une syntèse de l'œuvre de la Cour soit impossible. Notre objet est justement de dégager sa doctrine générale, de rechercher dans quelle voie s'est engagé le plus haut tribunal du monde, quelle position il a prise envers le dilemme inévitable : le Droit ou l'Etat.

Dans les tout premiers de ses avis (n. 2) et arrêts (n. 1), nous voyons se dessiner la réponse : le droit n'est pas création arbitraire des Etats, la souveraineté n'est pas un prétexte à violer un texte conventionnel absolument clair.

La solution ne sera peut-être pas toujours la même. Il y aura flottement dans certains arrêts. Mais on peut sûrement tirer de l'ensemble les grandes lignes suivantes : la Cour adopte une attitude favorable à l'extention du droit et de la justice dans les relations internationales, elle se fait du droit international cette idée que l'Etat, son particularisme, ses caprices, son arbitraire doivent plier devant la souveraineté du droit.

On rappellera brièvement ici, que la Cour devant d'après l'art. 38 al. 3 du Statut, appliquer « les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées », il y a controverse dans la doctrine sur la signification de ses principes. Pour beaucoup d'auteurs (Le Fur, Politis, Scott, Spiropoulos, Lauterpacht), ils sont source certaine du droit des gens. Pour d'autres au contraire (surtout l'école italienne : Anzilotti, Cava-

glieri, Salvioli), ils ne le sont pas, ou tout au moins pas au même titre que la convention et la coutume.

Quel caractère faut-il attribuer à ces principes ? Sont-ils de droit naturel ? Pour nous, étant donné que la notion du droit naturel ne peut être que substantielle et souple comme l'a magistralement présenté M. Le Fur, il n'y a pas de doute qu'il y a là un texte faisant appel au droit objectif.

En effet, de quelque façon qu'on définisse les principes auxquels fait allusion l'art. 38 al. 3, on ne peut nier que le respect de la parole donnée, que le préjudice injuste appelant réparation, ne leur appartiennent pas.

Relevons à l'appui de ce que nous avançons ces précieuses déclarations de la Cour :

« C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est le complément indispensable d'un manquement à l'application de la convention sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même. »¹

« La Cour constate que c'est un principe du droit international, voire *une conception générale du droit*, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer... L'existence du principe établissant l'obligation de réparer comme un *élément du droit international positif* n'a du reste jamais été contestée... »²

Après ces préliminaires, nous allons aborder des problèmes trouvant des éléments plus abondants dans la jurisprudence de la Cour. Ils touchent plus spécialement au droit des gens.

1. Arrêt n° 8 (juillet 1927). Publ. Cour, série A, n° 9, p. 21.

2. Arrêt n° 13 (septembre 1928), série A, n° 17, p. 29. (*Les italiques sont de nous*).

Ce sont : la souveraineté, la délimitation de la compétence de l'Etat et sa conciliation avec une juste conception du droit international.

Section première. La souveraineté dans la jurisprudence. — **Section II.** Le droit international est supérieur à la souveraineté. — **Section III.** Le conflit entre le droit international et la souveraineté de l'Etat sous l'aspect de l'article 15, 8 du Pacte. — **Section IV.** La volonté des Etats est-elle source et fondement du droit international ? Arrêt du Lotus.

Section I. — La Souveraineté dans la jurisprudence de la Cour.

Nous étudierons quelques cas de la jurisprudence internationale, où ont été mis en lumière les traits essentiels de la souveraineté de l'Etat.

Ces caractères se combinent et forment un concept jurisprudentiel de la puissance juridique de l'Etat. Lequel ? Tout d'abord on se rappellera l'affaire des Pêcheries de Terre Neuve en 1910, où le tribunal arbitral proclame l'infractionnabilité de la souveraineté. Ensuite dans l'avis n° 5 (Carélie orientale) la Cour P. J. I. affirme, malgré le doute que peut inspirer l'art. 17 du Pacte, qu'un Etat ne peut pas être soumis à l'avis sans son consentement. Dans l'arrêt de l'affaire du Lotus, elle établit une présomption générale en faveur de l'indépendance de l'Etat. Ces décisions sont favorables peut-être à la tendance d'une conception absolutiste de

la souveraineté. Mais on trouvera dans l'arrêt n° 1 (aff. du Wimbledon) ainsi que dans de nombreux avis un autre principe, un frein catégorique aux prétentions de liberté illimitée des Etats : le texte précis, accepté par un Etat, le lie et limite sa souveraineté.

1) *Un précédent : affaire des pêcheries, 1910*

Faisons mention d'une sentence internationale, dans laquelle le problème de la souveraineté a été amplement traité. En 1910 la Cour Permanente d'arbitrage, (créée en 1899 et existant encore) a jugé une affaire de pêcheries entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis. La thèse des Etats-Unis consistait dans l'argument suivant : par un traité antérieur (1818), l'Angleterre avait cédé une portion de sa souveraineté sur les eaux britanniques en question (côtes septentrionales de l'Atlantique) aux Etats-Unis. Mais le tribunal, siégeant à La Haye, repoussa cette théorie. La souveraineté ne se démembre pas. Donc le droit de réglementer la pêche, résultant de la souveraineté intacte de la Grande-Bretagne lui reste conservé, sous certaines limitations. (Contrôle des Etats-Unis sur la légitimité des règlements) ¹.

2). *L'affaire de la Carélie orientale.*

Le principe de l'indépendance des Etats a été mis en avant par la Cour, comme moyen de sa propre argumen-

1. Cette sentence a été longuement analysée par M. Basdevant, dans la *Revue générale de droit international public*, 1912. Les arbitres n'admettent pas l'analogie invoquée par les Américains entre la propriété et la souveraineté. La propriété est le droit matériel de jouir d'une chose, dont la disposition juridique est souvent restreinte (ex. : mineur), tandis que la souveraineté est un droit de compétence par excellence. Donc, le droit de jouissance n'est pas analogue au droit de commandement.

C'est aussi M. le professeur Basdevant qui a invoqué dernièrement ce précédent devant la Cour (aff. des zones) comme argument contre l'introduction de la notion de servitude dans le droit international.

tation, dans l'avis n° 5 (prononcé le 23 juillet 1923).

Bref résumé historique. — La Finlande s'intéresse au sort de la Carélie orientale, vaste province russe habitée en majeure partie par le peuple de race finnoise. Dans le traité de Dorpat, conclu en 1920 entre la Russie et la Finlande, l'article 10 était ainsi conçu : « Le territoire autonome de la Carélie de l'Est jouira du droit des nations de disposer d'elles-mêmes. » Mais le gouvernement finlandais, vite déçu dans ses illusions, s'adresse au Conseil de la Société des Nations. M. Tchitchérine, alors commissaire du peuple russe aux affaires étrangères s'oppose catégoriquement à l'intervention de la S. D. N. : la Carélie orientale est une province de la Russie, la question est donc d'ordre intérieur. Après bien des propositions, vaines, de la part de la Finlande, on aboutit à ceci : le 21 avril, le Conseil de la S. D. N. pria la Cour Permanente de lui donner son avis consultatif sur la question suivante : « Les articles 10 et 11 du Traité de Paix entre la Finlande et la Russie, signé à Dorpat le 14 octobre 1920, ainsi que la Déclaration y annexée de la Délégation russe concernant l'autonomie de la Carélie orientale, constituent-ils des engagements d'ordre international obligeant la Russie vis-à-vis de la Finlande à l'exécution des dispositions y contenues ? »

Quelle est la position des parties en cause ?

Voici quelques extraits de la dépêche télégraphique, que M. Tchitchérine adressa au greffier de la Cour : « Le gouvernement russe trouve impossible de prendre une part quelconque à la procédure dénuée de valeur légale et dans le fond et dans la forme, à laquelle la Cour permanente veut soumettre la question carélienne. ...Attendu que dans une communication officielle publiée

le 18 juin le Commissariat du Peuple pour les Affaires étrangères déclara que le Gouvernement russe repousse absolument la prétention de la soi-disant Société des Nations d'intervenir dans la question de la situation intérieure de la Carélie et fait savoir que toute tentative de quelque puissance que ce soit d'appliquer à la Russie l'article des statuts de la S. D. N. relatif aux conflits entre un de ses Membres et une Puissance non participante serait considérée par le gouvernement russe comme un acte hostile contre la République russe, le gouvernement russe refuse absolument toute participation à l'examen de cette question par la S. D. N. ou la C. P. J. I. Indépendamment des considérations de droit en vertu desquelles la question de la situation de la Carélie est une question intérieure de la Fédération russe, le gouvernement soviétique se voit obligé de déclarer qu'il ne peut considérer la prétendue S. D. N. et la C. P. comme impartiales en cette matière. » (*Publ. Cour. série B, n° 5, p. 12*)

Le gouvernement finlandais avançait, par contre, plusieurs arguments pour amener la Cour à se déclarer compétente : 1° il s'agit d'un problème de minorité; c'est un dogme aujourd'hui en droit international que la société internationale doit protéger les droits des minorités; 2° La Finlande soutient que la Russie est liée vis-à-vis d'elle par un engagement international formel. Or, l'interprétation des traités est une des attributions principales de la Cour; 3° La Finlande invoque encore les précédents des îles d'Aland et de l'affaire des décrets de nationalité en Tunisie, où les gouvernements réfractaires s'inclinaient finalement devant l'avis de la Cour.

La Cour examine le cas. Elle y voit une application de l'article 17 du Pacte. (« En cas de différent entre deux

Etats, dont un seulement est membre de la Société ou dont aucun n'en fait partie, l'Etat ou les Etats étrangers à la Société sont invités à se soumettre aux obligations qui s'imposent à ses membres aux fins de règlement du différend, aux conditions estimées justes par le Conseil »). Elle refuse de donner son avis. Pourquoi ? Parce qu'il n'y a pas de consentement de l'une des parties. La Cour dans son raisonnement, s'appuie sur « un principe qui est à la base même du droit international : le principe de l'indépendance des Etats. Il est bien établi en droit international qu'aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats soit à la médiation soit à l'arbitrage soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique sans son consentement. »¹ Il n'y a pas de compétence obligatoire, dit la Cour, même pour l'interprétation des traités. Il faut l'accord, le consentement des deux parties, pour qu'elle puisse être saisie.

L'attitude de la Cour a été vivement critiquée par les juristes. On lui a reproché d'abord d'avoir confondu ses deux ordres d'attributions : juridictionnelle et consultative. La Cour Permanente peut donner un avis sans tenir compte de la volonté des parties. C'est le Conseil de la S. D. N. qui la saisit.

En désignant l'avis qu'elle aurait prononcé comme « inopportun » la Cour a avoué que les considérations politiques ont influé sur son refus.

D'après le professeur italien Salvioli, la Cour n'a pas fidèlement interprété l'article 17 du Pacte. Cet auteur étudie soigneusement ledit article, et il arrive à ces con-

1. Publ. Cour, série B, n° 5, p. 27.

clusions : « Pour ma part, j'affirme franchement que l'article 17 est en contradiction avec le principe fondamental du droit international, suivant lequel un Etat n'est pas obligé sans le concours de sa volonté. »¹ La Cour était-elle obligée de donner son avis ? M. Salvioli répond par l'affirmative. Non pas parce qu'il y a analogie avec la procédure par défaut en droit interne; cet argument confond l'arrêt et l'avis, et il faut l'écarter énergiquement. Mais parce qu'il ressort clairement du Pacte qu'il a voulu imposer une obligation à l'Etat non-membre, obligation qui n'est pas du droit international commun, mais qui est ici particulière, qui déroge expressément aux principes généraux du droit international. L'article 17 crée une exception. La Cour n'a pas, ou n'a pas voulu l'analyser, l'entendre dans ce sens. Elle a passé outre et a appliqué le droit général d'après lequel un Etat n'est pas obligé contre son consentement. Politiquement elle a pu bien faire, mais pas juridiquement.

3) *Le cas du vapeur Wimbledon*

Nous étudierons ici ce premier arrêt prononcé par la Cour (17 août 1923, lors de la troisième session ordinaire; jusque-là elle n'avait donné que des avis), parce que la souveraineté y est traitée d'une manière particulièrement intéressante.

Affaire importante et d'envergure, plus par le principe en question et les parties en cause que par l'intérêt matériel du procès.

L'article 380 du Traité de Paix de Versailles est ainsi

1. Jurisprudence de la C. P. J. I., *Recueil des Cours A. D. I.*, 1926, II, p. 89.

conçu : « Le canal de Kiel et ses accès seront toujours libres et ouverts sur un pied de parfaite égalité aux navires de guerre et de commerce de toutes les nations en paix avec l'Allemagne. »

Or, le Directeur du Mouvement du canal de Kiel interdit le 21 mars 1921, au vapeur anglais Wimbledon, loué par une société française, le passage du canal, se basant sur une Ordonnance allemande de neutralité. Le bateau se rendait en Pologne, alors en guerre avec la Russie. Après les protestations officielles, restées sans résultat, le navire dut rebrousser chemin et prendre une route plus longue.

La France, l'Angleterre et l'Italie protestèrent contre cette inobservation d'une obligation conventionnelle et citèrent l'Allemagne devant la C. P. J. I.

Entre autres moyens, l'agent du gouvernement allemand M. Schiffer, a présenté devant la Cour l'argument de souveraineté. C'est le moment qui nous intéresse. Voici le raisonnement de la défense allemande : tout Etat souverain puise dans sa souveraineté le droit « personnel et imprescriptible » de neutralité. Cette prérogative de neutralité est un élément de la souveraineté. La perte donc de ce droit signifierait une restriction de la souveraineté.

Dans sa plaidoirie, M. le professeur Basdevant, avocat de l'autre partie, se demande : les prérogatives de neutralité peuvent-elles primer, sont-elles supérieures aux obligations conventionnelles assumées par un traité ? Non, pense le distingué professeur, car la souveraineté ne peut contredire aux effets des engagements internationaux. Souveraineté n'est pas une notion destructive, elle est constructive du droit public. Le respect des traités est

la règle d'or du droit international. Il faut donc qu'un engagement international puisse valablement obliger les parties contractantes.

Que dit la Cour ? Dans l'exposé du point de droit de l'affaire¹ elle relève l'exception de souveraineté : « On a prétendu que la concession générale du droit de passage aux navires de toutes nationalités dans le canal de Kiel ne saurait priver l'Allemagne de l'exercice de son droit de Puissance neutre en temps de guerre et l'obliger à laisser passer, dans ce canal, les transports de contrebande destinés à l'un des belligérants, car, entendue d'une manière aussi large, cette concession impliquerait de sa part l'abandon d'un droit « personnel et imprescriptible » qui est un élément de sa souveraineté et auquel elle n'a pu ni voulu renoncer d'avance. »

Mais « une telle allégation n'a pas déterminé la conviction de la Cour : elle se heurte en effet à des considérations d'intérêt général de l'ordre le plus élevé. Elle est contredite par une pratique internationale constante en même temps qu'elle est contraire à la lettre de l'article 380 qui vise manifestement le temps de guerre comme le temps de paix. »

La Cour rejette donc la thèse allemande par ces trois arguments :

1. L'intérêt général : solidarité, interdépendance, paix internationale, libre accès à la mer pour la Pologne, commerce libre.

2. Pratique internationale constante : la coutume.

3. La lettre du texte conventionnel (article 380).

Et voici le passage aujourd'hui classique : « La Cour

1. V. Publications de la C. P. J. I., série A, arrêt n° 1, p. 21.

se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose un abandon de sa souveraineté. Sans doute toute convention engendrant une obligation de ce genre apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat. »

Par conséquent le principe de la souveraineté nationale ne peut être invoqué contre un texte international clair et précis. Dans l'avis n° 2 la Cour avait dit qu'il s'agissait de connaître le sens exact des termes du traité. Certes, toute limitation de la souveraineté sera interprétée restrictivement, mais ici la Cour ne peut « refuser à l'article 380 le sens qui est commandé par les termes formels. Ce serait une singulière interprétation que de faire dire à un traité exactement le contraire de ce qu'il dit. »

Leçons à tirer de l'arrêt n° 1.

C'est le cas d'application de la règle *Pacta sunt servanda*. Elle appartient au droit des gens positif. Elle est primordiale et capitale.

L'Allemagne n'a pas le droit de se dégager de l'article 380 au moyen d'ordonnances sur la neutralité.

Le traité est respecté en droit international par tous les signataires nonobstant la volonté unilatérale contraire de l'un d'eux.

Il y a donc supériorité des engagements internationaux sur la souveraineté.

Tous les droits découlant du principe de la souveraineté et même considérés comme fondamentaux doivent s'incliner devant une obligation contractuelle.

Section II. — Le conflit entre le droit international et la souveraineté de l'Etat. Le droit international est supérieur.

La Cour s'est trouvée fréquemment en présence de ce que nous nommons *conflit* : d'une part, l'autorité du droit international était en jeu, de l'autre les parties basaient leur prétention sur la sainteté de la souveraineté. Qu'a décidé la Cour en pareil cas ? Elle s'est prononcée en faveur du droit international, en faveur du contrat liant les Etats, quelles que soient les conséquences de ce lien obligatoire.

**§ 1. — LE DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL.
TRIOMPHE DE L'EXCEPTION DE SOUVERAINETÉ**

Les parties, c'est-à-dire les Etats, en défendant leur cause devant la Cour, ne manquent pas de soulever, avec bruit et éclat, l'argument de souveraineté.

Nous avons déjà parlé dans la section précédente, du cas du vapeur *Wimbledon*, dans lequel la plaidoirie allemande, s'appuyant principalement sur le dogme de la souveraineté, en déduisait une prérogative de neutralité, inattaquable même par une convention internationale expresse. La Cour, dans son arrêt n° 1, a repoussé énergiquement cette conception trop absolutiste. Dans d'autres circonstances encore elle avait à se prononcer sur ce moyen :

1. *Aviș* n° 2 (12 août 1922). La question de la compétence de l'Organisation Internationale du Travail, en matière agricole.

La Cour était priée de dire si, selon son avis la compétence de l'O. I. T. s'étendait « à la réglementation des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture. »

L'agent de la France, M. le professeur de Lapradelle, avait à combattre cette compétence. Entre autres arguments il invoqua la souveraineté. Elle ne peut être limitée que par un texte précis. Or, ici il y a doute, ambiguïté. Dès lors le doute doit être interprété en faveur de la souveraineté.

« C'est un principe fondamental que les Etats, justement jaloux de leurs prérogatives de souveraineté, ne les abdiquent qu'à contre-cœur et que toute limitation de cette souveraineté doive être formellement inscrite dans un texte. Un des grands principes du droit civil est que, dans le doute, la liberté ne doit pas être supposée réduite; à plus forte raison, lorsqu'il s'agit de ces personnes éminentes que sont les Etats, est-ce un principe que dans le doute, leur pouvoir propre, qui n'est plus seulement la liberté, mais qui est la souveraineté, ne peut en aucune manière être considérée comme restreint. »¹

La Cour réplique à l'encontre de cette déduction : « la Cour n'a pu trouver aucune ambiguïté dans la partie XIII du Traité de Versailles, considérée dans son ensemble, en ce qui concerne son applicabilité à l'agriculture. »

Quant à l'argument de souveraineté, la Cour l'écarte élégamment : « Dans les discussions devant la Cour on a soutenu avec beaucoup de force que l'établissement de l'Organisation Internationale du Travail comporte une renonciation à certains droits qui dérivent de la souve-

1. Publications de la Cour, série C, n° 1, p. 174.

raineté nationale, et que, pour cette raison, la compétence de l'Organisation ne doit pas être étendue par voie de l'interprétation. Cette thèse ne manque peut-être pas de valeur; mais toujours est-il que, dans chaque cas spécial, la question se réduit forcément à celle de savoir quel est le sens exact des termes mêmes du Traité; et c'est à ce point de vue que la Cour se propose d'aborder la question qui lui a été soumise. »¹

La Cour répondit affirmativement à la question posée.

2. *Avis n° 13* (23 juillet 1926). Dans l'avis concernant la compétence de l'O. I. T. pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron, la Cour constate également « que les discussions, notamment dans les pièces écrites, s'étendent à un grand nombre de questions telles que la souveraineté des Etats et la liberté individuelle, et comprennent diverses théories contestées sur la société et sur l'Etat. »

« A cet égard, il convient d'observer, en ce qui concerne notamment la question de la souveraineté nationale, que des arguments analogues à ceux qui viennent d'être mentionnés, ont été soutenus il y a quatre ans »,... (avis n° 2).

Mais la Cour n'entend pas s'en occuper ni les analyser. Les dogmes théoriques si sacrés soient-ils ne peuvent pas être opposés, devant un tribunal, à un texte international précis, à une disposition contractuelle valable.

« De même, dans le cas précédent, le rôle de la Cour consiste à déterminer ce dont sont convenues les Hautes Parties Contractantes. La Cour, dans l'interprétation de la Partie XIII, est appelée à remplir une fonction judi-

1. Publ. Cour, série B, n° 2, p. 22.

ciaire, et, si l'on examine la question qui lui est actuellement soumise conjointement avec les termes du Traité, il ne semble pas qu'il y ait lieu de discuter et appliquer des principes politiques ou des théories sociales. »¹

Nous voyons, dans ces trois affaires (arrêt n° 1, avis n° 2 et avis n° 13), la Cour, appelée à répondre aux arguments tirés de la souveraineté, affirmer qu'il n'y a pas lieu de s'attarder sur ces questions « politiques », qu'il faut d'abord rechercher ce que les parties ont voulu (convenu), et que leur volonté ressort pleinement du texte, sans avoir besoin de recourir à d'autres éléments d'investigation. Donc, la Cour trouve la réponse à la question posée dans des engagements internationaux, clairs et précis, (et le fait de s'engager n'entame vraiment pas la souveraineté, au contraire il en démontre l'existence !) et évite les discussions théoriques et les principes politiques, sa « fonction judiciaire » lui ordonnant de dire dans chaque cas spécial quel est le sens exact des termes d'un traité.

3. *Avis n° 14* (8 décembre 1927) relatif à la compétence de la Commission Européenne du Danube entre Galatz et Braila. Dans un autre cas encore, sous un autre aspect, l'argument fondé sur la souveraineté fut porté devant la Cour. La Roumanie, contestant la compétence de la C. E. D. entre Galatz et Braila, présente à l'appui de sa thèse le moyen d'inviolabilité de la souveraineté.

Le traité de Berlin de 1878 qui proclame l'indépendance de la Roumanie, fixe la compétence de C. E. D. jusqu'à Galatz. Le traité de Londres de 1883 étend ses

1. Publ. Cour, série B, n° 13, pp. 21, 22, 23.

pouvoirs jusqu'à Braïla. Mais la Roumanie, n'ayant jamais signé ce dernier traité, estime qu'il ne la lie pas. Une telle extension des pouvoirs de la C. E. D. constituerait une violation de ses droits de souveraineté, une grave entorse au principe de l'indépendance de l'Etat, une servitude de droit international. (Les défenseurs de la Roumanie invoquent la déjà célèbre phrase exprimée par la Cour dans l'affaire du Lotus : « Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument pas. ») Une telle servitude a été admise par la Roumanie, au traité de Berlin de 1878, quand elle subit la compétence de la C. E. D., mais jusqu'à Galatz seulement. Le traité de Londres de 1883 reste pour la Roumanie « *res inter alios acta* », puisque toute restriction de la souveraineté exige un consentement formel de l'intéressé.

La Cour constate d'abord qu'elle doit répondre « selon le droit en vigueur » (termes des questions posées par le Conseil de la S. D. N.) Or, le texte fondamental est le « Statut définitif du Danube » signé à Paris le 23 juillet 1921, par tous les Etats, parties à la présente procédure. Ce texte, l'article 6 du Statut, est l'argument principal de la Cour. D'après elle, son but est évident : maintenir le « statu quo ante bellum ». Et elle poursuit : « La Cour observe que le point de vue qu'elle vient de développer, quant à la portée du Statut définitif est fondé exclusivement sur les termes, dont il est fait usage dans le Statut... sans aucune référence aux débats préliminaires. La Cour maintient le principe qu'elle a appliqué dans ses décisions antérieures, savoir qu'afin d'interpréter un texte suffisamment clair en lui-même, il n'y a pas lieu de tenir compte des protocoles d'une conférence qui a élaboré une convention. »

Donc la Cour écarte l'argument roumain de l'obscurité de l'article 6 du Statut de 1921. Il s'ensuit que l'argument de souveraineté manque d'objet. La Cour n'a pas à s'occuper de l'hypothèse : quelle compétence possède la C. E. D. en droit, d'après le traité de Londres de 1883, puisque le droit en vigueur (Statut de 1921 signé et ratifié par la Roumanie) est interprété par la Cour dans le sens de la compétence jusqu'à Braila. Il n'y a pas donc, de violation de souveraineté. Les défenseurs de la Roumanie parlent du traité de 1883. Mais il ne s'agit ici que du Statut de 1921.

« Ainsi que la Cour a eu l'occasion de le dire dans ses arrêts et avis précédents, une restriction à l'exercice de ses droits de souveraineté, qu'un Etat a accepté par traité ne saurait être considérée comme une violation de sa souveraineté. »¹

Il y a donc restriction, limitation de la souveraineté, acceptée par traité, mais il n'y a pas violation de la souveraineté.

Il est intéressant de voir les positions différentes prises ici par l'agent de la Roumanie et la Cour. Les avocats de la Roumanie se mettent dans le terrain du traité de Londres de 1883 et son inapplicabilité, son inopposabilité à la Roumanie (« *res inter alios* »), tandis que la Cour passe sur cet argument et s'installe ferme dans le champ du Statut définitif de 1921. Elle écarte un texte antérieur par un autre, postérieur, exprimant seul le droit en vigueur.

On peut constater que dans toutes ces affaires les parties, se basant sur le principe de la souveraineté étayent leur défense sur un prétendu manque de clarté

1. Publ. Cour, série B, n° 14, p. 36.

du texte, cherchent à établir d'abord son obscurité, ambiguïté, incertitude. Il y a hésitation, il y a doute et les procédés restrictifs s'imposent. Ainsi la Roumanie dans l'affaire de la compétence de la C. E. D. souligne l'obscurité de l'article 6 du Statut définitif du Danube, et conclut à la nécessité d'une interprétation restrictive des pouvoirs de la C. E. D.

Mais la Cour repousse invariablement cette argumentation et déclare qu'elle trouve dans le texte suffisamment d'éléments pour résoudre les difficultés du problème.

4. *Avis consultatif n° 10* (21 février 1925). Dans l'affaire de l'échange des populations grecques et turques, la Cour insiste encore sur le respect des engagements.

Le Conseil de la S. D. N., par la résolution du 13 décembre 1924 demande à la C. P. J. I. de bien vouloir donner un avis consultatif sur la question suivante :

« Quels sont le sens et la portée qui doivent être attribués, dans l'article 2 de la Convention de Lausanne, du 30 janvier 1923, relative à l'échange des populations grecques et turques, au mot « établis », lequel a fait l'objet des discussions et thèses contenues dans le dossier communiqué par la Commission Mixte ? »

(La Convention de Lausanne a créé une commission mixte, qui a pour fonction de régler, l'échange obligatoire des ressortissants turcs de religion grecque établis sur les territoires turcs et des ressortissants grecs de religion musulmane établis sur les territoires grecs.

Exception : Art. 2 « Ne seront pas compris dans l'échange prévu à l'art. 1 : a) les habitants grecs de Con-

Art. 2, alinéa 4 « Seront considérés comme habitants grecs de Constantinople tous les grecs déjà « établis » avant le 30 octobre 1918 dans les circonscriptions de la ville de Constantinople. »)

Le gouvernement grec, par son agent M. Politis, remettait à la Commission Mixte le soin de se prononcer sur la notion « établis ».

M. Tevfik Rouchdy Bey, veut, au contraire appliquer la loi turque et remettre l'interprétation du mot « établis » aux tribunaux turcs. Les deux prétentions se fondent, à côté d'autres arguments, sur la souveraineté.

L'avis de la Cour fait triompher la thèse hellénique, le terme « établis » a un sens large et dépend des circonstances de fait. Il appartient à la Commission Mixte et non aux tribunaux turcs de se prononcer et d'apprécier ces éléments de fait.

« Si la délégation turque a soutenu la thèse du renvoi tacite à la législation nationale, cela paraît être surtout parce que, selon elle, la solution contraire aurait pour conséquence de porter atteinte à la souveraineté nationale. Mais ainsi que la Cour a déjà eu l'occasion de le rappeler dans son arrêt en l'affaire du *Wimbledon* « la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté d'Etat. » Dans le cas actuel, d'ailleurs, les obligations des Etats contractants sont absolument égales et parfaitement réciproques. Dès lors, il n'est pas possible d'admettre que la Convention qui engendre de telles obligations, interprétée d'après son sens naturel, ait porté atteinte à la souveraineté des Hautes Parties Contractantes. »¹

1. Publ. Cour, série B, n° 10, p. 21.

Voilà que la Cour, logique et précise, ne se lasse pas de répéter ce qu'elle considère comme fondamental. Mais trop soucieuse peut-être de renforcer encore son argumentation elle nous inspire une légère inquiétude lorsqu'elle émet cette idée que dans le cas des « obligations égales et parfaitement réciproques » la convention l'emporte *à fortiori* sur la souveraineté... Ce raisonnement ne suppose-t-il pas, que dans le cas où les obligations ne seraient pas absolument égales ni parfaitement réciproques, on aurait plus de chances en quelque sorte, à se prévaloir du principe de souveraineté pour faire échec à une convention internationale ? Cette interprétation serait fort dangereuse et dépasserait certainement la pensée de la Cour. Ainsi donc, nous croyons que la phrase finale du passage, qui vient d'être cité, soulève un problème extrêmement délicat du droit international : celui des conditions de validité du contrat international.

Terminons ce paragraphe par la concise formule de M. Francqueville¹ « les concessions accordées délibérément et sans contrainte sont pleinement valables et elles n'accusent nullement un abaissement du potentiel de souveraineté de l'Etat. »

§ 2. — LE TRAITÉ EST SUPÉRIEUR A LA LOI INTERNE

Ce principe est illustré dans les affaires suivantes :

1. *Avis n° 10.* (Echange de populations. Article 2 de la Convention de Lausanne du 30 janvier 1923). La Turquie soutient qu'il faut chercher le sens de la notion

1. L'œuvre de la C. P. J. I., tome II, p. 438.

« établis » dans les lois nationales turques. A cet effet, elle invoque l'article 18 de la Convention de Lausanne :

« Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à apporter à leurs législations respectives les modifications qui seraient nécessaires pour assurer l'exécution de la présente Convention. »

Mais la Cour réplique dans son avis que cette clause ne fait que mettre en relief « un principe allant de soi, d'après lequel un Etat qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris. »¹

2. *Arrêt n° 7. Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise.*

« On pourrait se demander si une difficulté ne surgit pas du fait que la Cour devrait s'occuper de la loi polonaise du 14 juillet 1920. Tel ne semble cependant pas être le cas. Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. »²

Si la Cour n'est pas à même d'interpréter la législation nationale elle peut rechercher si une loi interne est en conformité avec telle convention internationale.

C'est donc la subordination nette, à ce point de vue, du droit interne au droit international.

1. Pub. Cour, série B, n° 10, p. 20.

2. Publ. Cour, série A, n° 7, p. 19.

Récemment encore dans l'avant-dernier des avis avant son renouvellement¹ la Cour affermit cette doctrine :

3. *Avis consultatif n° 17* concernant l'interprétation de la Convention gréco-bulgare (relative à l'émigration réciproque) signée à Neuilly-sur-Seine le 27 novembre 1919 (Question des « Communautés »).

La Cour en réponse aux questions du gouvernement hellénique déclare : « ...c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité. »²

Et plus loin dans le dispositif : « Si une juste application de la Convention se trouve en opposition avec une loi locale, cette dernière ne doit pas prévaloir sur la Convention. »

Section III. — Le problème sous l'aspect de l'article 15 § 8 du Pacte.

I. Les cas. — II. Théorie du domaine réservé. — III. « Observations » de M. Kellogg dans l'ordonnance du 6 décembre 1930.

La souveraineté se rencontre encore avec le droit international sur le terrain de la « compétence exclusive ». C'est la fameuse question du domaine réservé (« ordre intérieur »; « the domestic jurisdiction. »)

1. On sait que le mandat des juges est d'une durée de neuf années. Il a expiré en 1930. La S. D. N. procéda à leur réélection en septembre 1930.

2. Publ. Cour, série B, n° 17, pp. 32 et 35.

§ 1. — EXAMEN DES CAS

1. Iles d'Aland. — 2. Décrets de nationalité. — 3. Avis n° 5. — 4. Expulsion du Patriarche.

1. *Affaire des îles d'Aland.* Avant la formation de la C. P. J. I. un différend entre la Suède et la Finlande, en 1920, au sujet des îles d'Aland fut porté devant le Conseil de la S. D. N. M. de Lapradelle le considère comme « préhistoire de la Cour dans sa fonction consultative. » En effet, c'est une commission spéciale de juristes qui fut chargée d'émettre un avis sur l'affaire.

Ce qui est intéressant pour nous dans ce litige c'est qu'une des principales dispositions du Pacte apparaît devant le Conseil de la S. D. N. comme moyen d'exception, invoqué par la Finlande.

C'est l'article 15, alinéa 8. « Si l'une des parties prétend, et si le Conseil reconnaît que le différend porte sur une question, que le droit international laisse à la compétence exclusive de cette partie, le Conseil le constatera dans un rapport, mais sans recommander aucune solution. »

Sur cette base la Finlande décline la compétence de la S. D. N. Elle prétend que d'après les principes du droit international, l'Etat seul, en vertu de sa souveraineté, a le droit d'organiser un plébiscite en vue de séparation sur son territoire. C'est une question par excellence « domestique ». La sécession, la division intérieure, le plébiscite touchent l'Etat dans sa substance même. Dès lors l'immixtion du Conseil dans une affaire purement intérieure est inadmissible, elle est condamnée par le droit international et par le Pacte expressément.

Le Conseil demande au comité des trois juristes (MM. Larnaude, Struycken et Hubert) leur opinion sur

cette exception de souveraineté. Ils répondent qu'en principe le droit des peuples de disposer d'eux-mêmes est laissé à la discrétion de l'Etat souverain. L'exclusivité de la compétence est la règle dans cet ordre de problèmes. Mais cette règle ne vaut que pour les Etats définitivement constitués. Or, la Finlande d'après les juristes ne présente pas ce caractère. Et ils arrivent à la conclusion que nonobstant le principe fondamental, selon lequel la compétence se détermine d'après la nature intrinsèque du différend, le Conseil — vu l'imperfection étatique de la Finlande — peut connaître de l'affaire.

Cette solution de la commission des juristes a été critiquée dans son résultat final, tant au point de vue des motifs politiques qui l'ont inspirée, qu'au point de vue de la réalité historique. Comme l'a prouvé une commission ultérieure (la commission des diplomates) la Finlande était déjà un Etat définitivement constitué, aux frontières fixes, à l'indépendance certaine.

Quoi qu'il en soit, nous voyons que dans cette affaire, la théorie de l'article 15, al. 8 du Pacte a été soulevée pour la première fois par l'une des parties, interprétée par les juristes et appliquée par le Conseil.

2. *Avis n° 4 (7 février 1923). Les décrets de nationalité*

C'est l'avis fondamental dans la matière que nous traitons. La question soumise à la Cour pour avis est ainsi formulée : « Le différend entre la France et la Grande-Bretagne au sujet des décrets de nationalité promulgués à Tunis le 8 novembre 1921, et de leur application aux ressortissants britanniques, est-il ou n'est-il pas, d'après le droit international une affaire exclusivement d'ordre intérieur ? (Art. 15, par. 8 du Pacte). »

La Cour examine soigneusement le sens et la portée du

paragraphe 8 de l'article 15 dans les deux textes, français et anglais, et les comparant à la rédaction de la question posée, constate qu'on lui demande de dire, « si le différend porte sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive de la France. »

Et alors la Cour cherche à expliquer le terme « compétence exclusive », porté par le Pacte, à comprendre ce qu'il doit signifier, à déterminer sa valeur exacte. Elle veut trouver le critère, le système qui lui servira de principe directeur dans ses recherches ultérieures, et dans la décision à rendre.

« ...A un certain point de vue, on pourrait bien dire que la compétence d'un Etat est exclusive dans les limites tracées par le droit international, ce terme, pris dans son sens large, comprenant à la fois le droit coutumier et le droit conventionnel général ou particulier. »

(Relevons la définition, la conception que la Cour se fait du droit international. Il n'est constitué que par les coutumes et les conventions internationales. C'est le germe des vues positivistes que la Cour développera dans un arrêt postérieur. Ensuite une question se présente à l'esprit : si le droit international au sens large contient les coutumes et les conventions, qu'est-ce qu'il représente au sens strict ? Droit conventionnel seulement ? Réponse embarrassante. L'expression « pris dans son sens large » est quelque peu obscure).

Mais ce n'est pas dans ce sens qu'on parle dans le Pacte de compétence exclusive. Voici comment se présente la question : il y a des matières que le droit international proclame et consacre comme exclusives, comme intérieures, propres, domestiques. Et il y en a d'autres, qui ne sort pas, en principe, réglées par les conventions

et coutumes internationales et qui peuvent toucher de très près aux intérêts de plus d'un Etat. C'est à ces derniers que l'article 15, § 8 fait allusion.

« En ce qui concerne ces matières, chaque Etat est seul maître de ses décisions. »

Remarque. Cette affirmation : « chaque Etat est seul maître de ses décisions » a un sens par trop absolutiste. Nous l'entendrons encore dans un arrêt de grande importance (Lotus). Dans le même arrêt les juges dissidents ont protesté contre cet absolutisme. Leur thèse semble avoir les faveurs de la doctrine, même positiviste. Il y a, à la base de la Société des Etats, un droit nécessaire, un Bon Ordre, produit de la nécessité. L'activité des Etats dans toutes les matières, même celles non réglées par le droit international¹, doit être dictée par ce bon ordre, par le bien collectif, adapté au but commun, à la destination sociale.

L'ensemble de ces matières où l'Etat est maître forme le domaine exclusif. Mais la délimitation de ce domaine ?

« La question de savoir si une matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un Etat est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux. »

Voilà donc relevé le caractère évolutif du droit des gens. Fonction de la vie internationale et de son aspect plus ou moins intensif, ce droit aura tendance à englober plus ou moins de « matières exclusives ». Tout dépend de ces relations inter-étatiques, de leur évolution. Une matière qui, hier encore était considérée comme inté-

1. D'après certains auteurs ces matières d'ailleurs n'existent pas. Evidemment, cela dépend du concept de droit des gens *positif*. Le droit naturel est-il appliqué en droit international? Dans ce cas, l'absence du droit est plutôt difficile à concevoir.

rière, nationale, pourra aujourd'hui être absorbée par le droit international envahissant.

Un exemple confirme cette façon de voir : le gouvernement britannique, lors de la signature de la clause facultative de l'article 36 du Statut de la C. P. J. I. (à la session de 1929 de l'assemblée de la S. D. N.) déclare *expressis verbis* qu'à l'avenir les différends relatifs aux Prises ne seront pas considérés comme tombant dans la « domestic jurisdiction ». L'Angleterre renonce à traiter ses prises comme d'ordre intérieur. C'est certainement un événement. Le gouvernement travailliste l'explique et le justifie par le grand changement survenu dans les rapports internationaux, qui lui permet d'être plus souple. (La confiance dans le pacte de la S. D. N. et le pacte Kellogg).

Mais si la réduction du domaine réservé par la déclaration de l'Etat lui-même est évidemment possible et désirable, il ne faudra pas croire que, de même l'élargissement de ce domaine dépend de sa libre volonté. Non, un seul Etat n'a pas de pouvoir ni d'influence sur le contenu du domaine réservé. La détermination de ce contenu est une question objective, qui ne peut pas être laissée à l'arbitraire des Etats.

Ainsi donc, pour connaître si telle matière tombe ou ne tombe pas dans la seule compétence de l'Etat, il faut examiner à un moment donné sa situation dans le droit international. Celui-ci l'a-t-il expressément consacrée comme *exclusive*. Alors pas de doute. Mais les conventions et les coutumes internationales n'en expriment-elles rien ? C'est ici que le parag. 8 de l'article 15 entre en jeu et que le Conseil aura à reconnaître si le droit international « laisse » la question à l'Etat lui-même.

Forte de ces observations, la Cour poursuit :

« C'est ainsi que dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans ce domaine réservé. »

La Cour affirme par là clairement que l'Etat a le droit de légiférer sur son territoire librement en matière de nationalité. Indiscutablement les problèmes de nationalité appartiennent à la sphère de la « domestic jurisdiction ». Mais la Cour dit « en principe ». Pourquoi ? Parce que l'Etat peut restreindre sa liberté par des engagements. Il peut s'engager par un traité et limiter ainsi cette liberté d'action, qui lui confère, en principe, le caractère exclusif de la question.

« Le différend devient dans ces circonstances un différend d'ordre international. »

Or, le gouvernement britannique ne conteste pas la règle générale (les matières de nationalité sont d'ordre intérieur), mais son application en l'espèce. La France a passé des traités avec l'Angleterre qui l'ont obligée internationalement à ce sujet. La Société des Nations pourra par conséquent connaître du différend.

De son côté, le gouvernement français proteste énergiquement contre une pareille interprétation de la situation. Les questions de nationalité sont d'un si grand intérêt, touchent si profondément l'Etat, qu'il est inadmissible que la seule et simple existence des titres internationaux suffise à écarter ce principe de l'exclusivité des affaires vitales, découlant de la souveraineté. Un examen au fond des titres invoqués, quant à leur validité et leur applicabilité, pourra seul donner une solution. Pour déterminer si la France a la compétence exclusive, on ne peut pas se réserver sur le fond, sur l'importance du titre, comme

le fait la Grande-Bretagne. Car c'est précisément l'effet juridique, la portée qui lui est attribuée par l'Angleterre, que la France conteste. L'agent de la France cherche à joindre à la question de compétence la question de fond, et demande à la Cour de ne pas les séparer.

La Cour répond :

« La France et la Grande-Bretagne diffèrent d'opinion sur la mesure dans laquelle ces engagements internationaux doivent être examinés pour répondre à la question soumise à la Cour. »

Elle fait observer par la suite que le seul fait de porter un différend devant la S. D. N. ne lui donne pas un caractère international. On l'a vu dans l'affaire des îles d'Aland. « Il est également vrai que le seul fait que l'une des parties invoque des engagements d'ordre international pour contester la compétence exclusive de l'autre partie, ne suffit pas pour écarter l'application du paragraphe 8. Mais dès que les titres invoqués sont de nature à permettre la conclusion provisoire qu'ils peuvent avoir une importance juridique pour le différend soumis au Conseil, et que la question de savoir si un Etat est compétent pour prendre telle ou telle mesure se trouve subordonnée à l'appréciation de la validité et à l'interprétation de ces titres, la disposition du paragraphe 8, article 15 cesse d'être applicable et l'on sort du domaine exclusif de l'Etat pour entrer dans le domaine régi par le droit international. »

Il ne serait pas conforme, expose ensuite la Cour, au système établi par le Pacte, de se prononcer sur la valeur des titres en question, quant au fond. (Cette déduction a été critiquée par M. Salvioli, d'après lequel la logique

du Pacte exige au contraire et fatalement l'examen au fond ¹.)

La Cour n'examine lesdits titres et arguments que dans la mesure nécessaire pour connaître la nature du différend. Ce qui lui inspire l'avis suivant :

« Par ces motifs, la Cour est d'avis *que le différend n'est pas, d'après le droit international, une affaire exclusivement d'ordre intérieur (art. 15, par. 8 du Pacte)* » ¹.

Résumé de la thèse de la Cour : une question de nationalité est en principe d'ordre intérieur; mais si elle implique l'interprétation d'actes internationaux, elle ne l'est plus.

Un titre international « internationalise » la question.

Observations

La conclusion de la Cour traduit exactement l'état actuel du droit international. Mais son raisonnement contient peut-être quelques inexactitudes. Qu'est-ce que cette « conclusion provisoire » au fond ? Ce n'est pas autre chose que « le seul fait d'invoquer des engagements d'ordre international » que la Cour a voulu écarter comme insuffisant. En effet, si l'on passe, après le débat sur la compétence, à la question du fond, le tribunal pourra décider (c'est une possibilité qu'il faut admettre) dans ce nouveau procès, que les titres invoqués n'auront pas eu cette portée que la partie demanderesse voulait leur attribuer. Dès lors le seul fait d'avoir invoqué ces titres, sans importance ni valeur en l'espèce, aura déterminé la Cour dans le débat préalable. Leur « apprécia-

1. V. *infra*, p. 122.

1. Publ. Cour, Série B, n° 4, p. 32.

tion et interprétation » équivaldra tout simplement à la confirmation de la thèse britannique.

M. Salvioli tend à démontrer, en partant de l'hypothèse opposée (celle où la Cour aurait rendu une décision inverse) que la théorie de la conclusion provisoire ne tient pas. « Supposons, dit-il, que la Cour parvienne à la conclusion que l'affaire est de la compétence exclusive de l'Etat. Or, dans cette hypothèse on ne peut pas affirmer qu'il s'agisse d'une conclusion provisoire, parce qu'une fois qu'elle a été formulée, n'existe plus la possibilité d'examiner si la conduite de l'Etat était ou non conforme au droit international.

Or, comment serait-il possible, pour y parvenir, de se borner à un examen provisoire des titres invoqués ? »

« En effet... il est indispensable de connaître les règles existantes du droit international dans leur contenu. »¹

L'auteur comprend ainsi le rôle du Conseil de la S. D. N. dans l'examen et dans la solution des questions de cet ordre : toutes les fois, *qu'il le veuille ou non*, le Conseil, dans l'hypothèse de la constatation de la compétence exclusive de l'Etat, tranche un litige, dit le droit, réfute le demandeur, approuve par conséquent l'action du défendeur, en la déclarant conforme au droit international.

La décision du Conseil implique donc le jugement au fond.

Cette vue du professeur italien est-elle exacte ? Il est aussi difficile de répondre que de jouer avec ces subtilités. L'*argument par hypothèse*, cache facilement des erreurs. D'ailleurs une seule hypothèse est favorable à la thèse de M. Salvioli : celle de la confirmation de la com-

1. « Jurisprudence de la C. P. J. I. », *Recueil des Cours A. D. I.*, 1926-II, p. 84.

pétence exclusive de l'Etat. Or, il n'est pas du tout certain que la Cour aurait, dans l'affirmative employé cette idée et ce terme de la « conclusion provisoire ». C'est une pure supposition. Il est bien plus probable que la Cour eût alors procédé autrement.

3. Dans l'*avis* n° 5 on peut lire : « Le représentant du gouvernement finlandais a émis l'idée que la question soumise à la Cour devrait être considérée comme une question préalable relative à la nature du différend, par l'analogie avec l'article 15, alinéa 8, du Pacte. »¹

Mais la Cour s'élève contre cette interprétation qui ne lui permettrait pas d'assimiler la demande d'avis à un recours pour arrêt portant sur le fond.

M. Francqueville², désapprouve la façon de voir de la Cour; d'après lui l'idée de la Finlande était exacte : la question formulée par le Conseil ramenait à la question préalable de l'article 15, parag. 8; il s'agissait de savoir si une matière qui normalement relève de la compétence exclusive pouvait être considérée exceptionnellement comme une obligation d'ordre international en raison du traité de Dorpat et de la Déclaration russe : c'est très exactement ce qui a été décidé affirmativement par la Cour, notamment dans l'affaire des décrets.

Or, nous pensons qu'on peut trouver une différence entre les deux cas, et que les procédés de la Cour ne sont pas contradictoires.

1. Publ. Cour, Série B, n° 5, p. 26. Notons qu'il est intéressant de voir la Finlande, elle aussi, suggérer le moyen d'exception d'incompétence à la base de l'art. 15, par. 8, du Pacte. Cependant, elle ne peut tirer profit de cet argument. Au contraire, pour que sa cause triomphe, elle doit le démolir, en écarter l'application en l'espèce.

2. « L'œuvre de la C. P. J. I. », Paris, 1928, tome II, p. 415.

D'abord, il est vrai que la Cour pourrait ne rechercher que l'action, l'effet d'une déclaration sur la nature du différend... Seulement, il s'agit ici de l'existence même de la déclaration invoquée, de son importance juridique, de sa valeur contractuelle. Tandis que les traités cités par la Grande-Bretagne n'ont pas été mis en doute par la France au point de vue de leur caractère contractuel, la Russie conteste ici, nie le principe même du contrat. Il n'y a pas de contrat, dit-elle.

Lors de l'avis n° 4, la grande difficulté était de savoir, si un certain titre international (des traités passés), existant et valable, était applicable en l'espèce, s'il produisait ce droit dans lequel l'Angleterre s'estimait atteinte. Et précisément la France ne pense pas qu'il en soit ainsi, que la Grande-Bretagne puisse tirer des traités en question ce droit précis. Et la Cour arrive à la « conclusion provisoire », que les titres invoqués pourraient avoir pour effet d'engager la France internationalement dans le sens entendu par l'Angleterre. Pourraient seulement, mais on ne sait pas encore, s'ils l'obligent en effet, réellement. Cela, c'est une autre question, une question de fond. On voit donc nettement la distinction entre le débat formel préalable, et le débat matériel, fondamental.

Dans le litige de la Carélie Orientale rien de pareil. On n'y peut pas séparer les deux débats. Le contenu, l'interprétation du contenu de la déclaration n'est pas discutée; sa portée même comme acte juridique est objet de désaccord. Il n'y a pas donc, d'autre réponse que oui ou non, la déclaration est-elle valable internationalement, existe-t-elle en droit comme contrat, ou n'est-elle qu'une simple information ?

Texte de l'avis : « Le point de savoir si la Déclaration

en question présente comme l'avance la Finlande, un caractère contractuel ou si, comme le maintient la Russie, elle n'a été énoncée qu'à titre d'information est, par la nature même des choses, un point de fait... Répondre à la question équivaldrait en substance à trancher un différend entre les parties. »

Donc, la Cour répondant à la question ¹ par oui donnerait forcément gain de cause à la Finlande, en répondant par non à la Russie.

Dans le second cas la cause finlandaise est irrémédiablement perdue; le soutien, l'appui, la base des revendications finlandaises disparaît, s'évanouit. La Finlande ne pourra plus disposer d'aucun moyen juridique.

Ceci est la meilleure preuve que « répondre à la question équivaldrait à trancher un différend »; et qu'il n'est pas possible de considérer le conflit comme une question préalable, par analogie avec l'article 15-8°.

4. *Expulsion du Patriarche œcuménique*². — On évoquera ici une affaire — un avis qui n'a pas abouti — où a été encore invoquée l'exception de l'article 15-8°, et qui permet d'intéressantes comparaisons avec les avis n° 4 et n° 5. C'est le cas du patriarche œcuménique. Il faisait suite à l'affaire de l'échange des populations :

La Turquie, se fondant sur la Convention de Lausanne, donna ordre le 30 janvier 1925, au patriarche œcuménique, Monseigneur Constantin Araboglou, de quitter Constantinople. Et il fut, en effet, conduit à la frontière. La Grèce s'adressa alors au Conseil de la S. D. N. en vertu

1. V. *supra*, p. 96 : « ...constituent-ils des engagements d'ordre international obligeant la Russie? »

2. Publications de la C. P. J. I., série C, n° 9, II.

de l'article 11, alinéa 2, du Pacte (« Il est, en outre, déclaré que tout membre de la Société a le droit, à titre amical, d'appeler l'attention de l'Assemblée ou du Conseil sur toute circonstance de nature à affecter les relations internationales et qui menace par suite de troubler la paix ou la bonne entente entre nations, dont la paix dépend. »)

Le gouvernement turc, dans l'exposé de sa thèse envoyée au Conseil, prétendait que l'affaire était d'ordre exclusif, « domestique ». Mais la Grèce invoquait une déclaration formelle d'Ismet Pacha :

Le 21 mars le Conseil de la S. D. N. envoie à la Cour une requête ainsi libellée : « Les exceptions d'incompétence formulées par le Gouvernement turc... interdisent-elles au Conseil de connaître du recours formulé par le gouvernement hellénique ? »

L'affaire cependant ne s'est pas terminée par un avis de la Cour, parce que les parties l'ont réglée à l'amiable. Le Conseil de la S. D. N. retira sa requête (juin 1925).

M. Politis ¹, agent de la Grèce dans le différend des populations, pense que l'avis de la Cour — si elle l'avait donné dans la présente affaire — aurait été favorable à la thèse grecque, par analogie avec l'affaire des décrets de Tunis. Parce que le cas, tout en appartenant au domaine réservé, serait attaqué victorieusement par un titre international. Le résultat devrait donc être le même que dans l'avis n° 4 : compétence du Conseil.

1. « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux ». *Recueil des Cours A. D. I.*, 1925-I, pp. 50 et suiv.

Différence avec l'avis n° 4

On pourra remarquer cependant que certaines différences existent entre les deux affaires : 1° Comparution des parties devant la Cour. La Turquie ne veut pas s'y présenter (alors que la France, lors de son différend avec l'Angleterre, y comparaissait.) Et l'avis concernant la Carélie orientale laisse prévoir que, pour cette raison, la Cour se serait encore déclarée incompétente (en vertu « d'un principe qui est à la base même du droit international : indépendance des Etats » qui exige absolument le consentement de l'Etat à être jugé¹⁾) ; 2° Les titres invoqués n'ont pas la même envergure. La déclaration orale d'Ismet Pacha, consignée aux délibérations du traité de Lausanne n'est ni comparable ni assimilable aux traités invoqués par l'Angleterre.

Rapprochement avec l'avis n° 5

1) Ainsi que dans l'affaire de la Carélie orientale, entre la Finlande et la Russie, où cette dernière ne s'est pas présentée ni devant le Conseil de S. D. N., ni devant la C. P. J. I., la Turquie refuse, dans le cas présent, de paraître devant l'un ou l'autre corps, leur dénie toute compétence, l'institution du Patriarcat ne relevant que de sa souveraineté, exclusivement.

2) Dans l'avis n° 5, nous voyons la Finlande invoquer un titre juridique qui n'est pas une convention entre deux Etats, un traité au point de vue formel ; et qui n'a pas sa force. Ce titre c'est la déclaration de la délégation russe consignée et annexée au traité de Dorpat. De même ici le gouvernement grec s'appuie sur une

1. V. *supra*, p. 98.

déclaration d'Ismet Pacha, représentant de la Turquie lors des négociations de la Convention de Lausanne, déclaration solennelle, enregistrée dans le procès-verbal officiel de la conférence, contresignée par toutes les délégations y ayant participé. Dans les deux cas donc, les demandeurs invoquent un titre, dont la portée, la force internationale est justement en cause. Il est à regretter que la Cour n'ait pas tranché, élucidé cet intéressant problème de la valeur des annexes.¹

§ 2. — DÉLIMITATION DE LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE NATURE ET CRITÉRIUM DU DOMAINE RÉSERVÉ

1. Données de la jurisprudence. — 2. Thèses des auteurs.

Il est nécessaire de voir comment se présente le problème de la compétence exclusive appartenant aux Etats dans certaines affaires.

L'art. 15 § 8 du Pacte porte : « Si l'une des parties prétend et si le Conseil reconnaît que le différend porte

1. Résumons quelques données de la question :

1) On peut lire dans le texte de l'avis n° 5 : « Si cette Déclaration faisait partie de l'accord entre la Finlande et la Russie, elle serait, au présent point de vue, assimilable au traité lui-même. » Or, précisément, se prononcer sur la Déclaration, dire si elle « fait partie de l'accord », si son lien contractuel est égal à celui du traité, suppose et exige une recherche, qui étant un point de fait, équivaldrait, d'après la Cour, à trancher le différend.

2) Les juristes consultés par le gouvernement finlandais, dans la même affaire, ont répondu que la difficulté consistait dans la détermination du lien unissant le traité et la déclaration, non pas le lien formel, extérieur, mais ce lien interne résultant de l'examen du contenu, du fond des titres.

3) Pour éviter des incertitudes et complications ultérieures, le mieux est, d'insérer les documents dans le procès-verbal de clôture, de signature du traité, dans le protocole final. Ils auront ainsi la même valeur juridique, parce que ratifiés ensemble, que le traité lui-même.

sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive de cette partie, le Conseil le constatera dans un rapport, mais sans recommander aucune solution. »

Il y a donc dans la totalité des relations internationales deux catégories de matières : les unes ressortissant au droit des gens, c'est-à-dire pouvant être soumises au juge international, les autres ne relevant que de l'Etat, soustraites donc à toute action d'une procédure judiciaire ou arbitrale, bref non-justiciables.

Nous avons vu que la Cour, dans l'avis n° 4, s'attarde à interpréter soigneusement l'art. 15 al. 8 du Pacte. Cette délimitation du domaine réservé est, en effet, un des problèmes les plus complexes du droit international. Il soulève les controverses autour de cette notion : zone non touchée, domaine non réglementé par le droit des gens, notion souvent inconcevable à notre esprit : en effet, comment le droit peut-il être silencieux ou absent dans une matière donnée ? Le droit international n'est pas que l'expression formulée, n'est pas que les règles énoncées par la convention et la coutume, il est aussi ces principes généraux, ce droit international *commun* dont on admet de plus en plus la théorie. Il pourra et devra donc être toujours prouvé, parce que, si ce droit n'est pas encore dégagé, s'il n'est pas clair sur un point déterminé, il existe cependant.

Mais alors, une partie de la doctrine ne voyant dans le domaine réservé que des affaires non-réglées par le droit international et ces affaires n'existant pas, la recherche de la nature de ce domaine n'est-elle pas illogique et sans objet ? Une telle interprétation ne peut cependant être admise. C'est qu'habituellement on com-

prend sous l'expression « régi par le droit international » les conventions et les coutumes, et que c'est l'autre cercle, les « *terræ ignotæ* », où d'autres éléments des sources interviennent encore, qui peut donner naissance à la compétence exclusive. Il s'agit précisément alors de séparer, de discriminer les deux domaines, de trouver un critère pouvant jouer dans le cas concret.

On peut envisager la solution d'une autre manière. Ce n'est pas le mutisme du droit international, le silence, (domaine *toléré*) qui déterminerait le domaine réservé, c'est au contraire la reconnaissance formelle, explicite, certaine, l'indication claire de désintéressement, l'affirmation expresse du droit international que le différend en question sera abandonné à la compétence exclusive de l'Etat, qui donnerait existence au domaine réservé (domaine *reconnu*).

Mais s'il faut — pour qu'une affaire appartienne au domaine réservé — que le droit international actuel déclare expressément s'en désintéresser, qu'il la régit positivement à l'effet de la « laisser » à la compétence exclusive d'un Etat, y a-t-il lieu d'élaborer une théorie spéciale, n'y aurait-il pas tout simplement application normale des règles du droit des gens, jeu habituel de ses principes ?

Ainsi ce domaine réservé est-il domaine *toléré* ou *reconnu* ? L'un ou l'autre exclusivement ? Ou peuvent-ils se combiner et se compléter ? Ou finalement se couvrent-ils entièrement, cette distinction étant inutile ?

Il ne semble pas que ce problème soit susceptible d'être résolu par un procédé de logique. Les auteurs arrivent généralement à la conclusion, que la méthode déductive est impuissante à fournir ici un principe général quel-

conque¹, qu'un critérium juridique est impossible à trouver². Des théories négatrices du domaine réservé, se basant sur son impossibilité logique, n'ont pas manqué.

Les difficultés ne proviendraient-elles pas du caractère artificiel de la distinction traditionnelle des différends justiciables et non-justiciables ? M. le professeur Lauterpacht, dans son cours à La Haye³, s'élève, en effet, énergiquement contre cette distinction et lui dénie nettement tout intérêt, tout fondement juridique; il constate que la doctrine classique de la non-justiciabilité est fausse : la nature du litige comme mesure objective n'a que des inconvénients et est à rejeter. L'idée fondamentale de l'étude de M. Lauterpacht est celle-ci : ce n'est pas la *nature* d'un conflit qui le rend non-justiciable, c'est le *refus de l'Etat* d'en remettre la solution à l'application des règles du droit, de le laisser régler judiciairement.

Quoiqu'il en soit il y a aujourd'hui deux certitudes devant lesquelles aucune spéculation — si exacte soit-elle — n'est de nature à laisser de doutes sur l'existence réelle du domaine réservé : 1° la norme positive contenue dans l'article 15, par. 8 du Pacte; 2° l'unanimité de la doctrine elle-même sur le caractère incontestable d'exclusivité d'un minimum d'affaires intérieures.

Les questions touchant, par exemple, la nationalité, l'émigration, les tarifs douaniers, l'armement, la disposition du territoire réunissent certainement l'accord des juristes quant à leur dépendance du domaine réservé.

Mais le désaccord règne quant à la nature, quant aux traits essentiels, quant à la théorie du domaine réservé.

1. V. Sukiennicki, *Souveraineté*, p. 348.

2. Cf. Ch. Rousseau, *Compétence de la S. D. N. dans les règlements des conflits internationaux*, thèse, Paris, 1927, p. 267.

3. *Problème des différends non-justiciables*, année 1930.

Il n'est pas sans intérêt d'indiquer brièvement les différents critères proposés, différents certes, mais présentant cette unité de paraître chacun objectivement insuffisant.

1. Et tout d'abord la Cour en a-t-elle formulé un ? C'est dans le passage suivant qu'il faudrait le rechercher : « Les mots « compétence exclusive » semblent plutôt envisager certaines matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un Etat, ne sont pas, en principe, réglées par le droit international ». Mais on admet qu'il n'y a pas là un critère ni net ni catégorique, la Cour s'étant entourée de réserves par les mots *semblent, en principe*¹. Malgré ces atténuations M. S. Tachi trouve que la Cour n'aurait même pas dû énoncer ce critère inadmissible, les matières relevant de la compétence exclusive étant, selon le professeur japonais, celles que le droit international a clairement indiqué et positivement réglé à l'effet de tomber dans le domaine réservé².

Cependant on peut induire de la jurisprudence de la Cour quelques traits principaux de cette notion de domaine réservé : 1° La compétence de la S. D. N. est la *règle* d'après le Pacte, la compétence exclusive de l'Etat est l'*exception*. (« Mais il ne faut pas oublier que cette disposition du paragraphe 8... apporte une *exception* aux principes consacrés par les paragraphes précédents, et que dès lors elle ne se prête à aucune interprétation extensive »³); 2° La détermination du droit internatio-

1. V. Rousseau, op. cit., p. 243.

2. *La Souveraineté et l'Indépendance de l'Etat et les Questions intérieures en droit international*. Paris, 1930, pp. 60, 62, 77.

3. Publ. Cour, série B, n° 4, p. 25.

nal est une question essentiellement *relative*. Ce caractère évolutif explique mieux l'hésitation de la Cour à établir une formule rigide et fixe comme critère du domaine réservé; 3° Une affaire *nationale* se transforme en affaire *internationale* par l'effet d'un élément international, tel une convention, un engagement. Cette transformation ne se produit pas du seul fait que le différend est porté devant un corps international, ce qui laisserait le domaine réservé à la merci de l'arbitraire des autres Etats, mais relève de l'appréciation objective des organes internationaux. Sur la base de ces données, la Cour a résolu un cas concret.

2. Quant à la doctrine, voyons d'abord la thèse de M. Politis¹. Pour cet auteur, le domaine réservé étant la somme des lacunes du droit, présente un caractère exceptionnel. D'où trois conséquences : 1° le Conseil ne reconnaît le caractère exclusif de la question qu'à l'unanimité; 2° l'Etat qui invoque une compétence exclusive, défendeur dans le fond du débat, devient ici demandeur : la preuve lui incombe donc devant les juges (*actori incumbat probatio*); 3° s'il y a doute, il doit profiter au droit international.

Mais selon M. Politis, le *contenu* du domaine réservé n'est pas consacré par le droit des gens. « La vérité est que si le droit international reconnaît l'existence du domaine réservé, il en ignore le contenu. » Donc la norme de droit constatée par l'article 15 al. 8 du Pacte ne dit pas et ne peut pas dire quelles sont les matières qui tom-

1. « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux. *Rec. A. D. I.*, 1925-I, p. 49.

bent dans le domaine intérieur. « Il est en effet inconcevable que le droit décide lui-même que telle activité humaine reste hors de son emprise. » Les affaires sont « domestiques » non pas *en vertu d'une règle* de droit, mais *faute d'une règle* de droit.

La liberté de l'Etat, dit M. Politis, doit être exercée conformément à sa destination sociale. Cette liberté comprend aujourd'hui deux domaines : 1° l'un où elle est limitée; 2° l'autre où elle ne l'est pas; c'est le domaine réservé.

Il faut tendre à la réduction du domaine exclusif. Il est en effet un obstacle à la paix internationale. Le domaine limité doit de plus en plus envahir l'autre. La réduction progressive de ce dernier se fera par deux moyens : 1° par le développement du droit conventionnel international; 2° par un effort doctrinal : une juste conception de la théorie de l'abus du droit, son admission et application dans le domaine international.

En somme, d'après M. Politis le non-règlement par le droit international, le silence de ce droit est le critère du domaine réservé. Et ce domaine est fonction de la théorie de l'abus des droits.

Quant à cette dernière proposition, on peut trouver dans l'étude récente de M. Sakutaro Tachi¹ des observations à son encontre. Cet auteur, dont la conception du domaine réservé est tout-à-fait différente, voit dans la théorie de l'abus des droits une méconnaissance du principe de la non-intervention qui a été consacré par le parag. 8, article 15 du Pacte. Ensuite il trouve que cette théorie est vague, susceptible de prêter à équivoque et

1. Op. cit., p. 101.

à l'arbitraire, présentant, au point de vue logique, un caractère quelque peu forcé : « Il faut noter que la conception de l'abus des droits comporte l'idée que ce qui est de droit peut devenir de non droit, lorsque la manière de faire usage des droits... contrecarre ou dépasse le but même pour lequel ces droits sont reconnus. »

Quant à la thèse que le domaine réservé résulterait du silence du droit international, elle peut être rapprochée de certaines opinions analogues. Ainsi, le professeur Fenwick est d'avis que tout ce qui n'est pas réglementé par le droit international, et par là même, d'ordre absolument intérieur. On peut citer dans le même sens M. Brierly d'après lequel pour qu'une question ait un caractère international, elle doit être elle-même réglée positivement par le droit des gens. Sinon elle tombe *ipso facto* dans le domaine intérieur. De même M. Ch. Rousseau, en étudiant ce problème, dira que le droit international est ici muet par hypothèse. Une note de ce dernier auteur va nous révéler un nouvel aspect de la question : « Certains auteurs, attachant une importance excessive à la formule littérale de l'article 15, al. 8 en arrivent à exiger pour que la compétence de l'État soit considérée comme exclusive, une affirmation expresse d'incompétence de la part du droit international. Pareille discrimination nous semble inutile, le silence du droit international sur une matière donnée impliquant nécessairement et au même titre qu'une affirmation explicite de désintéressement, la prépondérance de la compétence étatique. » ¹

Est-ce exact ? M. Rousseau n'attache aucune impor-

1. Op. cit., p. 226, note 2.

tance à cette distinction. Nous pensons cependant qu'elle mérite attention, car en effet, on peut bien imaginer que le silence du droit international ne comporte pas par lui-même compétence exclusive, mais qu'il peut y avoir doute et que la compétence commune, internationale, pourrait en résulter. En effet, si l'identification du silence du droit positif au domaine réservé est logiquement défendable, il n'est pas moins indéniable qu'il puisse exister d'autres hypothèses où l'absence de règle de droit positif applicable donnerait lieu à une solution favorable à la compétence internationale, par le jeu des principes généraux du droit, du droit naturel. En dernière analyse tout dépend du concept du droit international, de ses sources, de son fondement. Retenons seulement que le *silence* et l'*affirmation expresse* ne s'imposent pas comme absolument identiques.

La distinction de M. Verzijl est plus subtile : « Les différends visés à l'article 15, par. 8 sont ceux auxquels le droit international donne une solution positive en ce sens que sur le point contesté la souveraineté nationale est restée intacte. Par contre, les autres différends non juridiques sont ceux vis-à-vis desquels le droit international se contente d'une attitude négative en ce sens qu'il n'appuie, par ces prescriptions ni l'une ni l'autre des prétentions contradictoires ou concurrentes. »¹ Ces derniers sont en quelque sorte en *état d'évolution* et il n'est pas permis de le classer dans le domaine réservé.

De même M. Sukiennicki divise la somme totale des affaires en trois catégories : 1° affaires régies explicitement par le droit international; 2° affaires au sujet des-

1. Classification des différends internationaux, *R. D. I. L. C.*, 1925. p. 752, note 29.

quelles le droit international *déclare* se désintéresser : ce sont ces affaires qui seraient visées par l'article 15-8°; 3° affaires non encore réglementées : elles ne sont pas fatalement exclusives¹.

M. de Visscher pense aussi que l'article 15-8° n'épuise pas toutes les questions non-juridiques. En effet, certaines contestations appartiennent au domaine réservé « parce que le droit international dans son état actuel leur reconnaît de façon positive un caractère exclusivement interne. »² Mais il y a un autre domaine, dans lequel le droit international n'a pas encore pénétré (exemple : un litige de frontière) et qui n'est pas forcément exclusif à la compétence étatique.

Citons encore ici M. Borel qui résume comme il suit la question : « En fait, subsistent aujourd'hui les deux conceptions qui voient dans le domaine en cause, la *première* un domaine *toléré* (résultant simplement du silence du droit international), l'*autre* un domaine virtuellement *reconnu* et consacré par ce dernier. A mon avis c'est ce domaine reconnu que vise l'art. 15 al. 8 C'est ce domaine qui doit être respecté par la justice internationale. »³

M. Tachi appartient selon nous à ce dernier groupe d'auteurs. Dans une étude récente il s'attache d'abord, comme ses devanciers⁴, à réfuter tous les critères vagues, subjectifs, susceptibles d'entraîner une extension du domaine réservé. Ainsi il rejette la clause de réserve que contiennent généralement les traités d'arbitrage : « hon-

1. *La Souveraineté*, thèse, Paris, 1926, p. 330.

2. « Justice et médiation internationales », *R. D. I. L. C.*, 1929, p. 45.

3. « Acte général de Genève ». *Rec. A. D. I.*, 1929-II, p. 570, note 1.

4. V. notamment Rousseau, *op. cit.*; Mariotte, *Limites actuelles de la compétence de la S. D. N.*, Paris 1926.

neur, indépendance, intérêts vitaux. » Ensuite il écarte la notion de l'indépendance de l'Etat, parce que complexe et changeante; de même, la thèse de M. Mariotte qui établit comme critère du domaine réservé les éléments constitutifs de l'Etat (territoire, population, gouvernement) ne lui paraît pas fournir la solution exacte¹.

Selon M. Tachi, il est nécessaire, pour qu'un différend entre dans le cadre des questions intérieures, que ce différend se trouve clairement réglé par le droit international à l'effet d'être entièrement laissé à la compétence d'un Etat. L'auteur repousse donc le silence du droit international comme critère. Il est d'avis que les affaires non réglées sont tout-à-fait différentes de celles que le droit international règle positivement à l'effet d'être exclusives.

Pour qu'une matière soit réservée, il faut d'après M. Tachi qu'elle remplisse les deux conditions suivantes : 1° il faut que le différend ait pour objet une affaire interne reconnue comme telle par le droit international et portant notamment sur l'exercice de la souveraineté et la jouissance du droit territorial reconnues à l'Etat dans les limites du droit des gens; 2° il faut qu'il n'existe aucune règle de droit international ou stipulation de traités, susceptible de restreindre internationalement l'activité étatique concernant cette affaire².

Bref, pour M. Tachi, les questions visées par l'article 15-8° sont celles « dans lesquelles l'immixtion par d'autres Etats est interdite par le principe de non-intervention. Le principe de non-intervention lui-même n'est pas

1. *Souveraineté, Indépendance, Questions intérieures*, pp. 61-69.

2. *Op. cit.*, pp. 75, 85, 94.

autre chose que la contre-partie du droit fondamental d'un Etat de disposer librement de ses affaires intérieures. »¹

§ 3. — DIFFÉRENDS JURIDIQUES ET DIFFÉRENDS POLITIQUES

« Observations » de M. Kellogg dans l'Ordonnance du 6 décembre 1930.

Parmi les divers systèmes proposés il nous reste à parler de la *nature* du différend comme critère de la compétence exclusive, de la distinction entre les conflits juridiques et politiques. On n'insistera pas sur le côté complexe que présente cette théorie en doctrine. Il suffit de remarquer qu'elle est considérée comme trop subjectiviste, changeante, incertaine. Solution formelle, mais quant au fond absolument insuffisante. « Savoir si un conflit est politique ou juridique est plus une affaire de sentiment qu'une affaire de raisonnement. »² On est d'accord pour rejeter cette distinction comme critère des affaires « domestiques ». On lui attribue les mêmes défauts qu'à la clause « honneur, indépendance, intérêts vitaux » (avec laquelle d'ailleurs certains auteurs l'identifient). Adopter un tel critère ne serait guère scientifique, parce qu'il est inconstant, parce qu'il est surtout imprécis.

Ainsi on peut être étonné de voir un magistrat de la Cour Permanente invoquer récemment cette différence entre les questions politiques et juridiques comme base de la compétence exclusive de l'Etat. M. Kellogg lors de l'*Ordonnance dans l'affaire des zones franches*, entre la France et la Suisse (2^e phase), tout en approuvant la

1. *Op. cit.*, p. 103.

2. V. Mariotte, *op. cit.*, p. 119.

décision de la Cour (qui ajournait le délai pour la conciliation des parties), émet des « Observations », où il expose ses doutes sur la compétence de la Cour à trancher des questions « purement politiques. »¹

a) M. Kellogg commence par établir la différence entre l'arbitrage, qui serait un règlement des litiges sur la base du *respect du droit*, et la décision judiciaire qui serait un règlement par *application des principes de droit*². Une question politique ne peut pas être tranchée par un règlement judiciaire.

b) « Qu'est-ce qu'une question politique ? C'est une question qui ressortit exclusivement à la compétence d'un Etat souverain. L'établissement de tarifs, la réglementation de l'émigration, l'imposition des taxes est, en un mot, tout exercice du pouvoir de gouverner nécessairement inhérent à un Etat souverain, impliquent des questions de cette nature.

Pour statuer sur une question politique, il n'y a pas de règle ou de principe de droit ou de norme d'équité ou de justice, voire même de bonne conscience que la Cour puisse appliquer, car le pouvoir de l'Etat, tant qu'il n'est pas limité par des traités, demeure sans restriction dans ce domaine. »

c) M. Kellogg apporte ensuite une interprétation nouvelle : le sens des termes « toutes les affaires » de l'article 36 du Statut de la Cour, ne permettent nullement à la Cour de connaître d'un différend politique même si les parties veulent bien le lui soumettre³.

d) « J'estime donc que la compétence de la Cour dans

1. Publ. Cour, série A, n° 24, p. 29.

2. *idem*, p. 35.

3. *idem*, p. 41.

la présente espèce se borne à établir les droits juridiques des parties et que la Cour ne pourrait même du consentement des parties et sur leur demande régler les questions politiques que peut impliquer l'exécution de l'al. 2, article 435 du Traité de Versailles. »¹

Avant d'examiner ces propositions, faisons quelques réflexions préliminaires. Est-ce faire fausse route que d'évoquer ici ce fait que la Cour et la doctrine sont unanimes sur le caractère relatif, évolutif, changeant de la notion de compétence exclusive. (Nous admettons qu'il existe une autre notion plus large, surtout pour le juge américain, qu'il y a d'autres différends non-juridiques et qui ne sont pas touchés par l'article 15-8°. Mais alors précisément ils ne sont pas exclusifs). Cette compétence exclusive dépend du développement des rapports internationaux. Qui peut alors nier que ces rapports ne peuvent aucunement être influencés, modifiés par la volonté des Etats ? Ainsi en partant de l'hypothèse que la nature du conflit ne peut avoir d'effet sur sa justiciabilité, et nous savons que cette conception est parfaitement acceptable, n'est-il pas absurde d'interdire aux Etats mêmes, aux Etats en cause, le droit de transporter un différend du domaine réservé dans le domaine international ? Et pourquoi d'ailleurs cette interdiction ? Est-ce parce qu'on ne pourrait toucher à la souveraineté ? La souveraineté inaliénable, imprescriptible, s'opposerait-elle à la réduction de la compétence exclusive ?

Non, c'est une fausse conception : la Cour a souvent nettement affirmé que l'attribut essentiel de la souveraineté est précisément de pouvoir être restreinte et limitée.

1. *idem*, p. 43.

(affaire Wimbledon). Ainsi, si l'Etat, par l'effet d'un engagement, voit une matière « domestique » se transformer en matière internationale, et contre son gré, (affaire des décrets de nationalité), il doit pouvoir, à plus forte raison, accepter, par sa libre volonté, la juridiction de la Cour Permanente.

N'est-il pas bizarre et contradictoire d'invoquer ce critère de distinction entre les différends juridiques et politiques, critère qui est foncièrement subjectif et étatique, essentiellement arbitraire, et de refuser en même temps à l'Etat — en vertu de quel principe objectif ? — la faculté de considérer un certain différend comme justiciable et de le soumettre à une Cour de justice ?

a) Reprenons maintenant la différence exposée par M. Kellogg entre l'arbitre et le juge. Tout d'abord, elle ne paraît pas claire : en effet, l'arbitrage suppose l'*application* de règles juridiques tout comme la décision judiciaire. Il n'y a pas de différence de fond : l'arbitre et le juge respectent, appliquent et disent le droit tous les deux. Concevoir l'arbitrage comme règlement pacifique autre que juridique est altérer sa vraie notion¹. En effet, l'arbitrage est par sa nature le verdict d'un juge, dit M. Loder². Ensuite : la différence entre la procédure judiciaire et arbitrale se réduit encore en droit international en ce sens que l'acte de volonté institutif, caractérisant l'arbitrage est nécessaire dans les deux cas. La différence n'est qu'extérieure, formelle, « Il faut conclure que le critère qui permettrait de distinguer entre

1. Cf. Mariotte, *op. cit.*, p. 112 « Ambiguïté » de la notion arbitrage résultant du Pacte.

2. *Cours A. D. I.*, 1923, p. 1.

une notion de procédure arbitrale et une notion de procédure judiciaire doit être recherché en laissant de côté la nature des différends soumis à la C. P. J. I. et aux tribunaux arbitraux », écrit M. Garnier Coignet¹. Et l'auteur arrive à ce résultat : on ne peut trouver d'autre signe distinctif entre les deux procédures que *l'époque de la conclusion de l'accord*. Donc le seul critère consiste en ce que « dans le droit international la procédure arbitrale est instituée par compromis et la procédure judiciaire par requête. » Conséquence : « saisie par compromis, la C. P. J. I. est une instance arbitrale. » De même MM. Borel et Politis, dans leur rapport à l'Institut de Droit International, ne voient pas d'autres différence que celle-ci : « le tribunal arbitral est tribunal d'occasion; la Cour Permanente de Justice Internationale est un tribunal permanent.² »

On ne peut donc contester le règlement judiciaire et admettre l'arbitrage. Dès que celui-ci est possible, la justice l'est aussi. M. Kellogg confond-il l'arbitrage avec l'arbitrage en équité ? Mais il expose lui-même que la clause d'équité ne permet pas de faire abstraction des principes de droit.

b) De la citation ci-dessus il résulte clairement que pour M. Kellogg, la compétence exclusive est constituée par l'ensemble des questions politiques. Ces questions politiques sont celles où s'exerce le « pouvoir de gouverner inhérent à un Etat souverain. » Elles se reconnaissent

1. « Procédure judiciaire et procédure arbitrale », *R. D. I.* 1930, n° 3, p. 144.

2. « Extension de l'arbitrage obligatoire de la C. P. J. I. », *Annuaire I. D. I.*, 1927, tome II, p. 686.

à ce signe qu'il n'existe aucune règle applicable, pas même de bonne conscience, susceptible de les résoudre.

Tout cela n'est pas nécessairement irréprochable. D'abord les différends politiques et les différends relevant du domaine réservé ne s'identifient nullement. La nature du différend ne peut être scientifiquement prise comme principe de détermination de sa justiciabilité. Ensuite, une définition du différend politique universellement acceptée est loin d'être trouvée. En effet, dire que c'est celui où s'exerce le « pouvoir de gouverner » est manifestement insuffisant. Aussi M. Kellogg s'empresse-t-il de préciser : il y a différend politique quand il ne peut être tranché par aucune règle de droit. Mais c'est là une définition d'un différend non-juridique. On est absolument d'accord dans la doctrine, pour reconnaître que le différend politique ne s'oppose pas au point de vue de la justiciabilité au différend juridique. Le cercle des différends politiques constitue un autre cercle changeant et élastique, où tous les critères échouent. Cependant on ne peut pas nier que ce cercle se superpose par une de ses parties sur celui des différends non-juridiques. Examinons alors le critère : absence de règle positive applicable. Or, ce critère, en faisant même abstraction de ce vice, qu'il n'englobe pas tous les différends politiques, n'est ni absolu ni décisif. Il est en effet parfaitement possible de concevoir et d'admettre une théorie plus large et plus souple que celle qui exige des règles strictement positives, nécessaires à l'application et à la solution d'un conflit. Ici comme toujours, la conception qu'on se fait du droit, du droit international, de sa fonction dominant et éclairent le problème tout entier. Une théorie plus compréhensive existe. Elle permet de s'élever dans le cas

de l'obscurité et du silence du droit international, aux procédés moins formalistes de la constatation de la règle de droit : aux principes généraux, à la déduction, à l'analogie, au droit naturel.

c) Contre l'interprétation des termes « toutes les affaires » de l'article 36 du Statut de la Cour donnée par M. Kellogg, opposons cette autre analyse des mêmes termes que nous lisons dans une étude récemment parue¹ : « Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire que l'affaire soumise à la Cour ait un caractère juridique. Les différends concernant seulement les intérêts des parties, peuvent aussi être soumis à la juridiction de la Cour. »

d) M. Kellogg dissocie le côté politique du côté juridique dans l'affaire des zones. A l'encontre de cette division, reproduisons le passage de M. Schindler, où il analyse la notion de compétence exclusive : « Mais alors se pose la question de savoir si la compétence du Conseil est limitée aux conflits juridiques. Tel n'est pas le cas. La compétence du Conseil est limitée *au domaine couvert par le droit international*. Or, dans ce domaine, il n'y a pas seulement des conflits juridiques. Nous avons vu qu'un conflit peut être en même temps de caractère juridique et politique... Le Conseil peut très bien traiter un tel conflit comme étant de caractère politique, c'est-à-dire qu'il peut proposer, pour la solution du conflit, la création d'une nouvelle situation de droit. Là où existe déjà un règlement positif du droit international, il peut donc proposer un autre règlement. »² Ceci est une ana-

1. Magyary, « Jurisdiction de la C. P. I. », *R. D. I.*, 1930, p. 407.

2. « Les progrès de l'arbitrage obligatoire depuis la création de la S. D. N. », *Rec. A. D. I.*, 1928-V, p. 302.

lyse juridique de l'article 15-8°. Si le Conseil tire de cette disposition la faculté de réunir les deux aspects de la même question, la Cour qui est actuellement l'organe compétent pour l'application de cette clause, ne pourrait-elle avoir également la même faculté ?

Mentionnons comme conclusion que M. Kellogg justifie ses observations par le désir de conserver intact le prestige de la Cour Permanente, Cour de justice, qui ne doit pas laisser diminuer son autorité, en se mêlant des conflits politiques. D'après le haut magistrat, il vaut mieux que les parties s'adressent aux arbitres.

Ces considérations d'*opportunité* ne forment-elles pas un contraste inconséquent, susceptible d'influencer la valeur des fondements *juridiques* sur lesquels semble s'appuyer la thèse de l'incompétence de la Cour en matière *politique* ?

Section IV. — La volonté des Etats

est-elle source et fondement du droit international ?

Le dilemme entre la conception absolutiste
de la souveraineté et l'existence même du droit des gens

L'ARRET DU LOTUS

I. L'affaire du Lotus occupe une place à la fois primordiale et spéciale dans la jurisprudence de la Cour.

Primordiale : D'un haut intérêt pour l'étude des questions générales et fondamentales du droit international, l'arrêt n° 9, riche en matériel juridique, touche un grand nombre d'autres problèmes, non moins capitaux, du

droit. On y rencontre ainsi des définitions du droit international, des idées sur l'Etat. On y voit traité le problème de la souveraineté, son application et son reflet dans le droit positif, et la grave et délicate question de la délimitation des compétences. On y admire l'effort consciencieux des magistrats dans leur tâche ingrate et malaisée de découvrir le droit par des raisonnements subtils et de le dire par des arguments plus solides, parce que les conventions sont absentes et que la coutume internationale, étant incertaine, serait silencieuse. On y trouve encore d'autres points plus particuliers soit au droit international maritime (liberté de la mer, condition du navire en haute mer), soit au droit pénal (différents systèmes de protection, localisation du délit), soit à la méthode d'interprétation des traités (problèmes des travaux préparatoires), etc.

Spéciale, parce que la Cour s'écarte par cette sentence de sa propre tradition, de la ligne logique de son œuvre d'ensemble. C'est l'opinion, si toutefois nous avons interprété exactement leur pensée, de nombreux juristes qui se sont prononcés à ce sujet. Et en effet on peut ainsi résumer la jurisprudence de la Cour : malgré les procédés nécessairement formalistes d'un tribunal, elle ne verse pas dans la rigidité extrême ni l'exagération logique, mais se montre souple et soucieuse d'une utilité pratique et réelle de son rôle¹; malgré les tendances positivis-

1. Ainsi, par exemple, la Cour n'hésite pas à affirmer et élargir sa compétence toutes les fois qu'un argument absolument décisif en sens contraire ne l'empêche pas. Et elle repousse constamment toute argumentation, si sérieuse soit-elle, qui tendrait à l'exclusion, négative et stérile, de sa compétence. Dans l'arrêt n° 6, elle se garde de permettre un résultat absurde : « La Cour ne saurait décliner sa compétence... car, ainsi, elle ouvrirait la porte à la possibilité pour une partie de donner à une exception d'incompétence, ne pouvant être jugée sans avoir recours à des éléments puisés dans le fond, un caractère péremptoire, simplement en la présentant *in limine litis*,

tes des juristes sévères devenus magistrats, appelés à la plus haute responsabilité, elle voit avec faveur la victoire du Droit sur l'arbitraire des hommes, le triomphe de la règle internationale objective sur la volonté des Etats. Or, cette heureuse tendance traduisant fidèlement les idées modernes, a subi une atteinte, une exception dans l'arrêt du Lotus. Le droit international est placé au deuxième rang, toute autre considération disparaît devant la liberté de l'Etat, devant son indépendance présumée et sacrosainte. On a qualifié, avec raison, ce revirement de dangereux, cette régression de nuisible au développement d'une vraie et juste conception du droit des gens et de son autorité. C'est un fait digne d'attention et qui provoqua maintes surprises et de multiples objections, que de voir renaître dans le jugement d'une Cour de justice internationale cette thèse illogique de l'Etat tout puissant, premier créateur du droit, suprême raison, cette thèse aux conséquences tyranniques, destructives de l'ordre international, cette thèse rappelant les grandes théories de Hobbes et Hegel, de Jellinek et Laband.

Il n'est pas étonnant dès lors que cet arrêt, si passionnant au seul point de vue théorique, sans parler de l'émotion politique qu'il a suscitée en 1926 et 1927, ait été l'objet d'écrits et d'ouvrages innombrables, d'articles et études sans fin¹. Nous avons préféré de beaucoup, à côté

ce qui est inadmissible ». De même dans l'arrêt n° 8, ni « le fait que des arguments sérieux peuvent être invoqués pour soutenir la thèse que la compétence n'existe pas », ni l'existence d'un doute grave n'entrent en ligne de compte contre la conviction de la Cour. V. aussi les arrêts 14 et 15, où l'élargissement « exagéré » des fonctions de la cour a été critiqué par des auteurs et même par les juges dissidents (lord Finlay, M. Oda).

1. Consulter à cet effet les abondantes Listes bibliographiques dans les rapports annuels de la Cour (Publ., série E), dressées avec un soin minutieux par M. J. Douma, bibliothécaire adjoint à la bibliothèque Carré du Palais de la Paix, et notamment dans le IV^e Rapport (1927-1928), pp. 350, 351, 352; dans le V^e (1928-1929), pp. 312, 313.

du texte de l'arrêt lui-même, la lecture des mémoires et contre-mémoires des parties et de leurs plaidoiries devant la Cour. Nous avons été séduit surtout par l'exposé, riche mais sobre, de M. Basdevant, avocat de la France. Dans cette complexe affaire le discours de l'éminent professeur est des plus substantiels, instructifs. La forme de son parler, concise mais souple, son argumentation subtile mais claire, nous ont tant retenu que sa méthode de présentation directe de l'idée, réduite à sa plus simple, donc à la plus vigoureuse expression, nous a impressionné.

II. Le *Lotus* est le paquebot français qui, le 2 août 1926, entra en collision avec le *Boz-Kourt*, vapeur charbonnier turc, en haute mer, six mille marins au nord du Cap Mitylène. Le navire turc sombra. Huit hommes de l'équipage périrent dans l'accident. A l'arrivée du *Lotus* à Stamboul, les autorités turques arrêterent le lieutenant Demons, officier de quart à bord du *Lotus* au moment de l'abordage. Le ministère public de Stamboul l'accusa d'homicide par imprudence. Le gouvernement français protesta, demanda la mise en liberté du lieutenant Demons et le dessaisissement des tribunaux turcs en faveur de la juridiction française. Le 12 octobre fut signé, à Genève, un compromis entre M. Fromageot, plénipotentiaire français et M. Mahmout Essat Bey, ministre turc de la justice, en vue de porter le différend devant la C. P. J. I.

La rédaction du compromis, tant critiquée parce qu'elle aurait été néfaste à la cause de la France, est la suivante : « La Turquie a-t-elle contrairement à l'article 15 de la Convention de Lausanne du 24 juillet 1923 relative à

l'établissement et à la compétence judiciaire, *agi en contradiction des principes du droit international* — et si oui, de quels principes — en exerçant... des poursuites pénales contre le sieur Demons ? »

Les parties envoyèrent les mémoires et contre-mémoires à la Cour. L'affaire fut jugée à la douzième session ordinaire, et après de longues plaidoiries, l'arrêt prononcé le 7 septembre 1927.

« Par ces motifs, la Cour jugeant contradictoirement, décide, les voix étant également partagées, par la voix prépondérante du Président : qu'en exerçant... des poursuites pénales contre le lieutenant Demons... la Turquie n'a pas agi... en contradiction des principes du droit international. »¹

III Nous allons examiner les passages de l'arrêt qui ont une importance particulière pour nous : le côté doctrinal, théorique; les concepts et les définitions que la Cour énonce sur le droit international, sur la volonté de l'Etat, sur la démarcation des compétences. Voici le texte de l'arrêt, dont l'analyse attentive nous occupera le plus longtemps :

« Cette manière de poser la question est commandée également par la *nature* même et les *conditions actuelles* du droit international. Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la pour-

1. Publ. Cour, Série A, n° 10, p. 32.

suite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas. »¹

Mais relevons avant tout un fait frappant. D'après la Cour, chaque Etat tire de sa souveraineté le droit, la faculté de faire ce que bon lui semble, sous la seule réserve qu'il n'y ait pas de règle prohibitive expresse. Et cela résulte de la nature même, des conditions actuelles du droit international. Or, lisons la première opinion dissidente qui suit l'arrêt. Nous voyons que cette façon de comprendre le droit existant est énergiquement combattue par M. Loder, juge hollandais, ancien président de la Cour, qui voit les rapports entre l'Etat et le droit international tout-à-fait différemment. Et comment procède-t-il ? A l'instar de la Cour, il commence par décrire et définir la communauté des gens actuelle, ses caractères, son aspect juridique. Et il en tire immédiatement des conclusions, mais diamétralement opposées à celles de l'arrêt. Comment cela ?

« Le droit international repose sur des convictions générales, sur l'assentiment des Etats civilisés, à l'égard des règles, des coutumes et des relations existantes, et qu'ils sont tenus de respecter entre eux quoique non écrites ou confirmées par des conventions... L'ensemble de ces règles est appelé droit international.

La défense de la Turquie se base sur la thèse qu'en droit international tout est permis qui n'est pas défendu. En d'autres termes, qu'en droit international toute porte est ouverte à moins qu'elle ne soit fermée par un traité ou par une coutume établie. La Cour dans son présent arrêt, admet cette thèse comme juste, bien fondée et conforme à la réalité des faits.

1. Publ. Cour, série A, n° 10, p. 18 (*Les italiques sont de nous*).

Je regrette de ne pas pouvoir partager l'avis de la Cour. »¹

Comment donc expliquer cette anomalie ? Voilà deux raisonnements qui partent d'un même point, des mêmes données (observation de la vie internationale juridique) pour arriver aux résultats absolument antipodes ! Le juriste anglais M. J. Fischer Williams, dont l'attention est attirée sur ce fait étrange², en trouve la cause dans le caractère trop déductif et à priori du raisonnement de la Cour. Oui, et même à notre sens, il y a une erreur à la base même de ce raisonnement. L'hypothèse, la conception que la Cour se fait du droit international, est arbitrairement et librement posée, et invoquer pour sa confirmation les « conditions actuelles » est tout simplement une faute, une méconnaissance du phénomène de la construction juridique. Dire : la *nature* et l'*état actuel* du droit international montrent que ce droit est produit de la volonté des Etats est dire beaucoup mais prouver peu. En effet, c'est ne rien démontrer du tout, et laissé de côté cet élément des *réalités sociales*, il apparaît clairement que la majeure du raisonnement n'est autre chose qu'une attitude aprioriste, qu'une prise de position volontaire, sans base aucune, dans un dilemme donné. Ainsi dans notre alternative la Cour a opté pour l'idée d'une souveraineté absolue, en établissant librement cette présomption générale en faveur de l'indépendance de l'Etat. « Les limitations de l'indépendance des Etats ne

1. Publ. Cour, Série A, n° 10, p. 34.

2. « Affaire du *Lotus* », R. G. D. I. P., 1928, p. 367 (traduit par M^{me} Jacqueline Ch. Rousseau) : « Pourquoi et comment, partant des prémisses presque identiques, la majorité et la minorité arrivent-elles à des conclusions différentes? ».

se présument pas. » Mais c'est justement l'indépendance qui ne se présume ainsi sans aucune réserve, pourrait-on dire non moins catégoriquement avec la minorité des juges et avec nombre d'auteurs.

IV. *La souplesse de la thèse française.* On a reproché à la thèse française la rigide prétention d'exiger de la Turquie l'établissement d'un titre international permissif de compétence. Il y a là une fausse attribution, une légère inexactitude. Non, la thèse française, d'après ce que nous avons compris, n'a jamais été si absolue, mais bien plus souple, surtout plus respectueuse d'une vraie logique, d'une argumentation sérieuse. En effet dire : A n'est pas permis, il est donc défendu, est aussi vide de sens profond, donc faux et dangereux, que l'affirmation inverse : A n'est pas défendu, donc il est permis. En logique pure ces propositions sont absolument intenable. En effet : 1° supposons qu'il n'existe aucune sorte d'acte que les actes permis et les actes défendus. Tous les actes possibles appartiennent à l'une ou l'autre de ces catégories. Dans ce cas les formules citées sont de pures tautologies, des répétitions, qui ne disent rien; 2° admettons qu'il y a une troisième catégorie d'actes, que nous appellerons actes non-réglés. Alors ? Ces formules sont encore fausses à l'évidence, parce qu'elles dépassent les prémisses, un acte non défendu pouvant par hypothèse tomber dans le domaine des actes non-réglés. Il est vrai que ces formules, n'exprimant rien et stériles à l'analyse, peuvent avoir une autre importance dans la pratique, où les axiomes ont si souvent besoin d'être proclamés. Mais précisément pour cela, étant dans le terrain juridique, il faut que

l'acte dont on parle soit juridiquement permis, donc lesdits axiomes doivent avoir été adoptés dans le droit. Or le sont-ils ? C'est une autre question.

Répetons seulement que la défense française n'a pas eu recours à ces formules rigoureuses et exclusives. L'agent de la France M. Basdevant a insisté, à plusieurs reprises, sur l'exact aspect de ses conclusions, en exposant avec clarté le fil de déductions qui l'y ont amené. Voici en résumé le schéma de cette argumentation soignée : non, je n'affirme pas que votre acte est défendu ; le droit international est là-dessus obscur, et je n'en sais rien. Mais ce que je prétends et proclame avec vigueur c'est que moi, j'ai un droit certain, un titre indiscutable conférant la compétence à la France. C'est la loi du pavillon, c'est le principe que les navires en haute mer sont soumis à la juridiction de l'Etat dont ils battent le pavillon. Ce principe est universellement admis. Vous ne le contestez pas. Mais attribue-t-il une compétence exclusive ? Je réponds oui et je m'efforce de le prouver. Mes arguments : la coutume, les précédents, les conceptions tirées par raisonnement de certains traités internationaux, la doctrine. Ma thèse est-elle fausse ? La Cour le dira. On est pour cela devant elle. Mais vous contestez l'exclusivité de la compétence française. Seulement pour cela vous ne pouvez pas vous baser sur l'absence de règles prohibitives. Non, pour détruire le caractère exclusif de notre compétence vous devez apporter un titre à même de le combattre, un titre international permissif qui ferait échec à la règle générale dont nous jouissons. Exemple d'une pareille dérogation : la piraterie. Un tel titre existe-t-il dans votre cas ? Je ne le vois pas. Ceux

que vous présentez ne sont pas de nature à triompher de la loi du pavillon. Je conclus donc à la compétence exclusive de la France.

Telle est l'ossature de la thèse française. Parfaitement raisonnable. Il n'y a pas là que l'exigence d'un titre permissif pour la Turquie. Il y a surtout l'affirmation de l'existence du principe du pavillon et de son incompatibilité avec la compétence turque.

Mais la Cour entraînée par les termes du compromis de Genève n'a pas pu résister au désir de prendre part à la controverse sur son interprétation (débat inutile et oiseux suivant l'avis de nombreux juristes.) Dans l'exposé du point de droit de l'arrêt¹ elle « se trouve placée devant une question qui s'est révélée fondamentale dans les mémoires, contre-mémoires et plaidoiries des deux parties » se prononce d'une façon qui prouve qu'elle a fait sienne l'idée erronée, faussement imputée à la thèse française :

« Il ne s'agit donc pas de préciser les principes qui permettraient à la Turquie d'exercer les poursuites pénales, mais de formuler les principes qui éventuellement auraient été violés par ces poursuites. »

V. — *Analyse du syllogisme de l'arrêt.*

a) *Majeure.* — « Le droit international régit les rapports entre les Etats indépendants. »

Voilà une définition classique et stricte. Aucun caprice du modernisme juridique, aucun indice de nouvelles théories : *seuls* les Etats indépendants sont personnes de

1. Publications de la C. P. J. I., série A, Recueil des arrêts, n° 10, p. 18.

droit international. Nous faisons allusion ici à ce courant moderne dans la doctrine, qui nie à l'Etat tout caractère de personnalité juridique. Dans la définition de M. Politis, par exemple, c'est l'individu qui apparaît au premier plan, comme le sujet *direct* du droit des gens, et le terme *Etat* n'est même pas mentionné. (« Le droit international est l'ensemble des règles régissant les rapports des hommes appartenant à divers groupements politiques »). Thèse très discutable. Ainsi M. Le Fur déclare ne pas y adhérer. Sans doute l'homme est l'*ultima ratio* de tout droit. Mais il n'est, en droit international, qu'indirectement visé; masqué par l'Etat. (Il y a un phénomène analogue en droit interne : l'individu et le syndicat.)

D'ailleurs le droit international positif actuel dégagé par la Cour dans ses avis n° 10 (Echange des populations) et n° 15 (Compétence des Tribunaux de Dantzic) repousse énergiquement l'individu comme destinataire direct des normes internationales. Avis n° 10 : « La Cour est d'avis que la Convention de Lausanne (30-1-1923) ne suspend les obligations de la loi turque qu'en ce qui concerne les relations entre la Turquie et la Grèce, mais non point dans le domaine interne; dans les rapports entre les particuliers grecs et autorités turques, l'individu reste soumis aux amendes prévues par la loi turque. » Avis n° 15 : « Un acte international ne constitue pas une source directe des droits et obligations à l'égard des personnes du droit interne, sauf intention expresse des Parties. »

Ainsi donc les Etats seulement sont sujets de l'ordre international. Mais ces Etats sont indépendants. C'est leur trait fondamental et il est nécessaire de le noter ici, car dans la prémisse suivante de son raisonnement la Cour en tirera d'importantes déductions.

b) *Mineure*. — « Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci. » Tout d'abord deux interprétations, qui se complètent de la conjonction *donc* : 1° les règles composant un ordre juridique ne peuvent émaner que de la volonté des sujets de cet ordre. Thèse grave de conséquences ; 2° c'est parce que les Etats sont indépendants, souverains, qu'il faut leur volonté pour les lier.

Il ne saurait y avoir d'autre source d'obligation juridique pour les Etats souverains que leur volonté. On est en plein positivisme. Le principe avec lequel la Cour va opérer est énoncé : la volonté crée le droit. Peu importe quelle volonté (seule, isolée, ou l'union indivisible de plusieurs), peu importe quel droit (objectif ou formel). Il n'y a pas à préciser. La Cour pose une formule générale pour les besoins de sa démonstration. Elle trouve que cette formule traduit assez exactement les rapports juridiques entre les Etats, qu'elle est commandée par le droit international positif actuel. Cela nous l'avons déjà discuté. Libre à elle d'adopter telle conception, sur les rapports de la volonté et du droit, qui lui plaît.

Mais ce qui est moins admissible c'est d'en tirer une conclusion qui, tout en portant en elle le vice originel du raisonnement, dépassera les termes mêmes des prémisses. En effet, la conséquence de son syllogisme portera : « Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas. » Où est le lien logique ? Où est la technique de la déduction, qui veut qu'on procède du grand terme au mineur ? En réalité, ce lien précis déductif n'existe pas. L'opération logique se révèle comme un pur sophisme. La présomption en faveur de la liberté des Etats, si elle existe, ne peut découler de ce fait que l'Etat

crée le droit, limitatif de cette liberté. Pourquoi ? Parce que c'est en somme, dire la même chose. C'est un cercle vicieux qui suppose acquis ce qui est justement en question. C'est comme si l'on disait : 1° je crée le droit. Pourquoi ? Parce que je suis libre; 2° je suis libre (préssumé libre). Pourquoi ? Parce que je crée le droit.

De même ici : il n'y a pas de présomption contre l'indépendance, c'est elle qui est présumée, l'Etat est indépendant. Pourquoi ? Parce que la règle liant l'Etat, cette limitation de l'indépendance, ne peut être produite que par l'Etat. Et pourquoi cette norme limitative, restrictive procède-t-elle seulement de l'Etat ? Parce que l'Etat est indépendant.

Résultat : les inférences du fameux passage de la Cour manquent de force logique et persuasive, et conduisent tout simplement à un paralogisme.

Mais n'oublions pas que la logique pure est stérile et la critique négative. Mieux vaut construire une thèse que d'en chercher les défauts.

La Cour en a construit une. Retenons son point de départ : la règle juridique internationale émane de la volonté étatique. Ainsi le plus haut tribunal du monde n'hésite pas à proclamer et adopter cette célèbre théorie de la volonté, (*Willenstheorie*), célèbre parce que tant critiquée et repoussée, tant attaquée et dénigrée, qu'elle semblait être pour toujours enterrée. Or, la voilà qui se réveille avec fierté, ressuscitée par la Cour Permanente de Justice Internationale.

Aussi les rigueurs de cette conception volontariste ne vont-elles pas être atténuées par l'exposé du champ de manifestation de cette volonté de l'Etat ?

« Volonté manifestée dans des conventions ou dans

des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs... »

La notion d' « usages » nous retient immédiatement. Qu'est-ce que c'est ? C'est la coutume internationale. Elle nous rappelle cet alinéa de l'article 38 du Statut de la Cour « la Cour applique la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit. » Dans les deux cas nous voyons cette idée : acceptés « généralement » parce que exprimant le « droit ». Cet élément de la formation de la coutume c'est le droit objectif.

Mais dans la définition que la Cour donne des usages, il y a plus, leur finalité y est exprimée : « établis en vue de régler la coexistence... en vue de la poursuite de buts communs. » C'est encore un facteur objectif : justification de la fonction sociale de la coutume, raison d'être de son acceptation. Et on se demande alors comment la volonté, concept subjectif, peut se manifester dans ces usages, dont les principaux composants : principes de droit et bien collectif, sont de nature complètement objective ? Il n'y a qu'une solution, si l'on veut conserver la thèse du consentement : c'est de présumer cette volonté dans les usages. Mais la volonté ne s'exerce pas si *manifestement* dans la coutume, on ne l'y aperçoit pas (elle est même visiblement et totalement absente dans le cas d'une volonté isolée réfractaire, une telle volonté en sens contraire étant impuissante et sans résultat comme l'indiquent les termes « généralement, pratique générale », et comme le veulent les tendances nouvelles de la doctrine), elle n'y est que supposée, qu'admise pour la

logique du système, pour concilier les deux thèses : souveraineté de l'Etat, de sa volonté intangible, et souveraineté du Droit. Et alors profondément inconciliables, ces thèses s'accordent ici par l'ingénieux moyen de la théorie de la « volonté tacite ». Dès lors la Cour pourra dire sans contradiction apparente « les règles de droit procèdent de la volonté des Etats » et « les limitations de l'indépendance ne se présument pas. » Tandis que nous avons vu à l'analyse, que cette volonté des Etats n'est que prétendue, *présumée* seulement — elle-même ! — dans les règles juridiques coutumières, lesquelles par conséquent peuvent parfaitement bien la limiter.

Mais, même faisant abstraction de cette objection philosophique, il reste une difficulté d'un autre ordre qui ne permet pas de conclure aussi catégoriquement : « les limitations de l'indépendance ne se présument pas. » En effet la détermination des « usages » dépend d'un critère relatif, changeant. Suivant que nous leur donnons plus ou moins d'ampleur, la liberté des Etats s'en ressentira. Indépendance devient fonction de coutume et on saisit alors sur le vif la fausseté de la trop rigoureuse conclusion de la Cour. Et précisément parce que la constatation de la coutume est une question objective, laissée à l'appréciation de la Cour Internationale, cette « instabilité de la souveraineté » si l'on peut l'appeler ainsi, est seule à présumer.

Par conséquent, la souplesse de la notion « usages acceptés généralement » ne s'accorde pas avec la rigide solution de la Cour.

En résumé : tant que les sources des règles de droit, limitatives de l'indépendance étatique ne peuvent être expliquées ni englobées toutes dans la volonté de l'Etat, aucune présomption absolue ne peut être émise.

Un argument : ce qui vient d'être posé sera pratiquement illustré par le rapprochement de l'arrêt de la Cour avec les développements des juges dissidents, qui, aussi positivistes dans leurs formules que la majorité, arrivent cependant à des conclusions totalement différentes.

Nous avons déjà cité M. Loder, pour qui « le droit international repose sur l'assentiment des Etats civilisés à l'égard des règles, coutumes et relations existantes », pour qui les Etats sont indépendants et souverains et qui condamne pourtant énergiquement la thèse de la Turquie et de la Cour, d'après laquelle là où aucun principe n'était violé, il y aurait liberté.

De même M. Weiss pose comme unique source du droit des gens le « *consensus omnium* » et comme sa première règle la souveraineté. Mais il faut évidemment interpréter ces règles fondées sur le *consensus omnium*. Et son raisonnement se présente alors ainsi : 1° le droit de punir émane du droit de souveraineté, qui ne s'étend pas au-delà des limites du territoire; 2° en haute mer règne le principe de la liberté et son corollaire : 3° la loi du pavillon. Contre ces principes bien établis, les moyens invoqués par la Turquie (système de la personnalité passive, localisation du délit sur le navire abordé) sont incertains et ne réunissent pas le consentement de tous.

Lisons encore M. Nyholm, qui voit à la base de la formation du droit international le principe de la souveraineté et réfute ainsi la décision de la Cour :

« Le raisonnement de l'arrêt paraît être qu'à défaut d'une règle du droit positif les rapports entre les Etats dans la matière en litige sont régis par une liberté absolue. En poursuivant ce raisonnement on érige en principe du droit international public qu'à défaut de règle

spéciale la liberté s'impose. La base de ce raisonnement paraît être que l'on pressent vaguement que, même hors du domaine du droit international public positif, l'état de fait des rapports entre nations représente en soi-même un principe de droit public. Mais il y a là une confusion. Il faut distinguer, en appréciant la situation existant en fait, entre ce qui n'est qu'un *état* de fait international et ce qui constitue un *droit* international. Ce dernier ne saurait être créé que par des procédés spéciaux et ne peut donc être déduit d'une situation qui n'est que de pur fait. »¹

Ainsi donc : partir des mêmes prémisses et arriver aux résultats opposés s'explique par la complexité du très délicat problème de la coutume. La conception, la constatation, la détermination des « usages acceptés généralement comme consacrant les principes de droit » ne peut être que relative.

c) *Conséquence.* — « Les limitations de l'indépendance de l'Etat ne se présument donc pas. »

Explication du raisonnement : le propre des règles de droit étant de lier les sujets du droit et les règles liant les Etats ne procédant que de leur volonté, nulle autre norme juridique pouvant limiter l'indépendance étatique ne peut être présumée.

Nous venons d'analyser les trois termes du syllogisme de l'arrêt. Nous l'avons fait avec une attention, longue peut-être, mais justifiée par son importance. En effet ce passage réfléchi, décisif pour les opinions doctrinales des juges de la majorité, est placé au début de leur argumentation et leur servira de fondement, d'appui, de refuge dans les moments de doute. De la présomption en

1. Publications de la C. P. J. I., série A, n° 10, p. 60.

faveur de la souveraineté, du principe sans réserve que tout ce qui n'est pas défendu est permis, ils conclueront, — après avoir recherché en vain une règle prohibitive expresse, violée par la Turquie, — à la compétence de celle-ci.

VI. — *La théorie de la volonté est erronée.*

Nous connaissons la fausseté logique des résultats auxquels aboutit la Cour en partant de la théorie de la volonté.

Mais cette théorie mérite des objections très graves d'ordre sociologique et psychologique. Elles suffisent à expliquer les conséquences excessives de la doctrine de l'arrêt. Toutes les difficultés auxquelles on se heurte, toutes les contradictions qu'elle soulève, trouvent leur origine dans ce faux point de départ : volonté de l'Etat, expresse ou tacite, comme unique source du droit international.

La règle de droit a un double caractère : règle sociale, règle obligatoire.

Si la règle de droit ne procédait que de la volonté, il ne saurait y avoir autre chose que l'arbitraire, si la source de l'alinéa 3 de l'article 38 du statut de la C. P. J. I. ou le droit naturel ne jouaient pas, alors vraiment le droit international n'aurait pas ce caractère de droit loi sociale, droit expression de l'ordre social, droit moyen de vie vers le but social s'imposant et gouvernant fatalement les membres de la société. La Société des Etats est inévitable. Cette société a donc une loi. Cette loi est le droit international. Dire qu'il résulte de la volonté souveraine des Etats est superficiel et insuffisant, est au fond une contradiction, une négation de la société, de laquelle on était cepencant parti.

Si la règle de droit émanait de la volonté il faudrait alors changer le sens, la notion même de la volonté. Le faire dériver d'elle consiste à priver le Droit de son signe essentiel : la normativité. En effet une règle juridique est une « règle ». Sa caractéristique, sa valeur matérielle, fondamentale, c'est la vertu obligatoire qu'elle contient. Or, la volonté ne peut pas s'imposer à elle-même. Nous ne pouvons pas nous commander : nous voulons que nous voulons. L'impératif est en dehors. Mais une norme est inconcevable sans impératif. Une norme juridique l'est *à fortiori*.

« Si la sujétion de l'Etat au droit international repose sur un acte de volonté de l'Etat lui-même, il n'y a pas d'effort dialectique qui soit capable de démontrer que l'Etat ne puisse pas, par un autre acte de volonté, se dégager de l'obligation. » (Anzilotti) ¹.

VII. — *Essai d'un raisonnement constructif.*

Par le titre de cette section nous avons voulu dire, qu'il y a alternative fatale et inconciliable entre l'existence du droit international et l'absoluité de la souveraineté de l'Etat. Cette situation intenable nous a paru être créée par le passage précité, qui est ou inutile ou contradictoire.

Inutile : si les Etats font le droit, aucune précision n'est nécessaire. Leur liberté est on ne peut plus absolue.

Contradictoire : mais s'ils ne le font pas, si le droit est quelque chose de plus profond et réel, s'il y a à la base des rapports internationaux un droit objectif, (ou droit

1. *Cours de droit international*, p. 45.

naturel) si les coutumes et les conventions ne sont que des expressions, déclarations du droit, alors la présomption ne peut exister que *contre* la liberté absolue.

Pour cela nous essayerons d'établir un raisonnement plus constructif. Nous poserons comme hypothèse l'existence d'un droit des gens objectif (ou naturel ou rationnel). Et alors il ne saurait y avoir, à notre sens, de présomption en faveur de l'indépendance de l'Etat à côté du droit international ainsi compris. Parce que si le droit international existe, il est par là même supérieur. Cette suprématie s'impose, sinon le droit des gens perdrait son sens et sa valeur. Or, si le droit international domine l'Etat, il est logique et clair que ce soit en sa faveur que joue la présomption. Nous entendons par là, qu'à la base de toute solution, dans tous les cas, obscurs ou simples, il doit y avoir respect du droit, présomption sous-entendue de la priorité des principes fondamentaux de droit.

D'où le syllogisme annoncé : le droit international existe. Donc il est supérieur. S'il est supérieur, la présomption est pour lui.

VIII. — *En l'absence de règle formelle la liberté est-elle entière ?*

Si l'on adopte la conclusion que nous venons d'énoncer, la discussion casuistique, la controverse subtile dans le choix des deux formules : tout est permis qui n'est pas défendu ou tout est défendu qui n'est pas permis, perdra tout intérêt, son objet même disparaîtra. En effet, les deux formules opposées sont ramenées à une seule juste et soutenable, par cette réserve que M. Le Fur a em-

pruntée à Vitoria : en droit international, tout est permis qui n'est pas défendu, « sauf quand on fait tort ou injure à autrui. »¹ On voit que ceci correspond bien au point de vue exposé ci-dessus : présomption en faveur du droit; avant tout c'est le droit, ce qu'il contient de plus fondamental, et ne pas causer de tort injustement est son premier principe, qui doit être respecté. Sans cette base aucune formule juridique n'est possible.

Le principe que tout ce qui n'est pas défendu est permis a été tiré de cette théorie positiviste adoptée par la Cour dans le présent arrêt, que la souveraineté sans une règle formelle, reste absolue.

L'absence de prohibitions internationales équivaldrait à une liberté illimitée.

Parmi les auteurs c'est surtout M. Triepel, un des grands juristes allemands actuels qui soutient cette thèse. C'est parfaitement dans la logique de son système. Il a écrit, il y a trente ans, des pages célèbres sur les rapports entre le droit international et le droit interne, lesquelles ont connu un regain d'actualité justement lors de l'affaire du Lotus.

En effet, la défense turque, pour amoindrir l'autorité du précédent Costa Rica Pacquet, invoquée par l'agent du gouvernement français, en appelle à la « protestation résolue » de Triepel contre la sentence de de Martens.

Nous nous arrêterons sur cette question très intéressante, parce que 1) la note sur la sentence Costa Rica Pacquet se trouve dans ce passage illustrant admirablement la thèse de Triepel pour qui, en l'absence d'une règle internationale obligatoire expresse (et l'on sait que

1. « La théorie du droit naturel », *Rec. A. D. I.*, 1927-III, p. 413.

Triepel entend par là : contenue dans une *Vereinbarung*) l'Etat est en principe entièrement libre. 2) l'argument turc en citant Triepel appelle quelques critiques.

C'est dans le chapitre III, § 11 de *Völkerrecht und Landesrecht*, qu'on lit : « Fait-on une réponse exacte à la question souvent discutée de savoir dans quelle mesure le droit international donne en ces matières des directions déterminées à l'Etat, et si l'Etat peut étendre le domaine d'application de ses lois au-delà de ses frontières..., alors une partie considérable des règles du droit étatique disparaîtra immédiatement du droit interne internationalement important, où l'ont placé des conceptions erronées sur l'existence des lois internationales. Si l'on accepte le seul point de vue admissible, à savoir que le droit international *réel* laisse à tout Etat liberté entière d'établir des normes pour des personnes qui se trouvent à l'étranger... si l'on se convainc en particulier que l'admission du principe territorial ne présente pas la moindre nécessité internationale » (Ici se place, dans une note, la protestation énergique contre la décision du Costa Rica Pacquet¹) « alors des prescriptions nombreuses et réfléchies des lois étatiques échappent au reproche qu'on leur fait si souvent d'être contraires au droit international, et se rangent parmi celles du droit interne internationalement irrélevant. »

Quant à la valeur de l'argument, on peut dire qu'il perd singulièrement de son poids en face de ces con-

1. Dans la traduction française (Brunet, *Droit international et droit interne*, 1920), p. 274 : « ...Mais je proteste résolument contre ceci, que de Martens croit pouvoir solutionner la difficulté de tout le conflit avec la phrase — je ne peux pas nommer cela autrement — que les navires en haute mer sont une partie du territoire de leur pavillon, et par suite « ils ne sont justiciables des faits commis en haute mer qu'aux autorités nationales respectives. »

sidérations : si Triepel a été logique, en ce sens qu'il a discuté l'affirmation « les navires constituent des parties détachées du territoire », l'idée de territorialité étant selon lui erronée, il est par contre absolument illogique de tirer moyen de sa critique lorsque le principe territorial est unanimement accepté comme ce fut le cas dans l'affaire du *Lotus*.¹

Ensuite, comme l'a très bien observé M. Basdevant, cette citation n'est en somme qu'une pure affirmation. Il n'y a dans cette protestation solennelle aucun argument à l'appui.

IX. *Le principe, tout ce qui n'est pas défendu est permis. Deux opinions doctrinales.*

M. Salvioli tout en approuvant le principe lui apporte cette rectification : « je ne mets pas en doute le principe que tout ce qui n'est pas défendu est permis, mais j'affirme qu'il est nécessaire que le droit lui-même nous dise que cette défense n'existe pas » et plus loin : il « faut qu'il y ait une norme qui établisse, que lorsque plusieurs Etats ne sont pas d'accord si A est défendu, ce désaccord signifie que A n'est pas défendu, donc qu'il est permis. »².

Nous observons chez M. Salvioli, positiviste sévère, ce trait caractéristique du formalisme : pour qu'un principe soit juridiquement existant et appliqué il faut qu'il

1. V. Gidel, « Liberté de la mer ». Cours à l'Institut des H. E. I., 1929-1930 : « La cour P. J. I. a repris, dans l'affaire du *Lotus*, cette assimilation du navire au territoire et, ici, je constate que dans cet arrêt *Lotus*, où la Cour s'est trouvée si profondément divisée, il n'y a guère qu'une unanimité, c'est celle qui se fait autour de cette idée que le navire est, ou peut être, ou a l'air d'être une partie du territoire ».

2. « Il caso del *Lotus* », *Rivista di diritto internazionale*, 1927, p. 543.

découle d'une règle positive expresse. Il n'a en vue que le droit positif (conventions et coutumes), dont une règle formelle doit déclarer que chaque fois qu'une chose ne sera pas défendue, elle sera permise. (En effet cela évitera la confusion entre l'état de fait et l'état de droit). Or, si cette norme n'existe pas, le juge sera obligé de prononcer *non liquet*.

L'originale précision de M. Salvioli provoque peut-être une légère objection : son affirmation « je ne mets pas en doute le principe que tout ce qui n'est pas défendu est permis » devient quelque peu incompréhensible du moment qu'il exige sa consécration positive, formelle.

M. Salvioli approuve, dans la même étude, l'arrêt d'avoir eu recours à un principe du droit international (qu'il appelle « un principio più generale » : tout Etat est libre d'émettre la juridiction qu'il veut, sous réserve des limitations du droit international »), pour établir son argumentation. Or, on peut se demander en bonne logique, pourquoi l'auteur admet ce principe « plus général » sans réserve, sans la condition de cette confirmation positive, alors qu'il l'estimait indispensable, quelques pages auparavant, pour la formule : tout ce qui n'est pas défendu est permis ?

M. Canonne, qui a lui aussi traité ce problème, adopte la formule pure et simple¹. Selon lui « seule la présomption de liberté est raisonnable », la formule tout ce qui n'est pas défendu est permis doit être, pour conserver un sens, absolument générale, sans restriction aucune.

A l'encontre de l'opinion de Salvioli, M. Canonne croit que la formule doit être valable « même quand le droit ne s'est pas prononcé sur la question envisagée ».

1. *Essai de droit pénal international*. « Affaire du Lotus », thèse, Toulouse 1929, p. 48.

Il y a là une légère confusion, la critique de M. Canonne porte à faux. Salvioli, en effet, ne parle pas d'une question donnée, mais de la force positive, de l'application du principe tout ce qui n'est pas défendu est permis par le juge. Il pose comme condition qu'une norme générale positive (convention ou coutume) consacre ce principe pour qu'il acquière une valeur pratique, réelle, pour qu'il devienne obligatoire pour les juges et pour les parties. M. Salvioli discute donc l'aspect positif du problème, et n'a pas en vue le silence du droit sur une « question envisagée. »

Les conclusions de M. Canonne sont examinées dans une section qui a pour titre : La théorie de la primauté du droit international. Dans cet exposé il montre que la négation de la souveraineté doit être la condition première, la base même de cette théorie. Thèse exacte, nous y adhérons entièrement. Mais la primauté rigoureuse, absolue du droit international lui semblant par trop excessive, il la soumet à un examen critique, et pense l'atténuer par cette précision :

« La théorie de la primauté du droit international nous parût nécessaire parce que seule elle est compatible avec l'existence du droit international, mais elle n'est défendable que si elle est précisée par la reconnaissance d'une présomption de liberté en faveur des Etats ».

Et ici on ne peut plus suivre l'auteur. Cette « précision » renferme, d'après nous, une contradiction. En effet, si cette présomption de liberté en faveur de l'Etat est aussi proclamée dans l'arrêt du Lotus, elle n'y est que la conséquence directe de ce point de départ : principe de la souveraineté, source unique du droit des gens. Or, M. Canonne commence justement par condam-

ner la souveraineté. On ne peut pas raisonnablement nier la souveraineté et adopter en même temps un de ses corollaires.

Nous croyons pouvoir relever en passant une inexactitude dans l'interprétation que M. Canonne donne de la pensée de M. le professeur Le Fur. « L'Etat doit, d'après Le Fur », écrit M. Canonne, « apporter la preuve de la conformité de son attitude avec le droit. Ainsi dans l'affaire du Lotus, si l'on accepte ce raisonnement la Turquie avait la possibilité juridique d'agir... sous la condition d'une règle permissive de droit international. » Et l'auteur qualifie cette thèse d'« inacceptable. »¹

Or, il nous semble que M. Le Fur n'a jamais voulu dire cela. Etant donné la ligne générale et logique de sa doctrine, cette « conformité au droit » n'est pas exigence d'une règle permissive, mais tout simplement *non violation*, respect des principes du droit naturel. (Ici tout spécialement : ne pas causer injustement un tort).

En résumé, M. Canonne se met en contradiction avec lui-même, quand il veut concilier la suprématie du droit international (basée sur la fausseté du dogme de la souveraineté absolue) avec l'adoption pure et simple, sans réserve, de la thèse : tout ce qui n'est pas défendu est permis.

Nous nous excusons d'avoir commis cette inélégance de relever les deux ou trois contradictions (qui d'ailleurs ne le sont peut-être pas, vu que notre jugement est certainement loin d'être sans erreur) dans une étude aussi consciencieuse qu'est celle de M. Canonne, dont nous acceptons pleinement les vues, et qui a écrit un travail heureux sur la difficile question du Lotus. Si cependant nos re-

1. *Op. cit.*, p. 47.

marques sont justes, nous aurons par là renforcé — et tel était notre seul but — ce point de vue, que la formule tout ce qui n'est pas défendu est permis, ne pouvait servir de fondement au problème soumis à la Cour.

X. La solution d'après le droit naturel.

Ni le raisonnement, ni la logique, comme c'est souvent le cas, n'ont pu nous avancer dans l'appréciation du principe tout ce qui n'est pas défendu est permis. Le procès de ce principe relève d'un autre domaine, du domaine du droit naturel.

Les juges dissidents l'ont condamné, non pas par une argumentation décisive, mais par les principes de justice qui les ont inspirés.

En effet, cet édifice de volonté absolutiste, source de ce principe : tout ce qui n'est pas défendu est permis, laisse complètement de côté toute directive objective, mesure nécessaire et critère indispensable des actes humains. Un tel principe ne peut donc être admis que dans le cadre du droit réel, objectif.

Ce droit est-il en vigueur dans le domaine du droit international ? La majorité des auteurs répondent négativement, mais après les développements de M. Le Fur, il n'y a pas de doute, que la tendance de s'orienter vers cette notion seule exacte du droit, est très nette, bien qu'elle soit souvent appelée autrement.

L'affaire du Lotus n'est qu'une exception.

Ainsi nous croyons que si la Cour avait appliqué les principes du droit naturel, ou rationnel, elle serait arrivée à une toute autre conclusion.

En effet, si en principe, les conséquences injustes ou naturelles, les effets bizarres ou illogiques d'une règle

juridique stricte et claire ne doivent aucunement influencer la décision du juge, ici ces considérations des résultats pratiques acquièrent une force particulière, lorsqu'on songe :

1. que la décision du juge se base sur la constatation de l'absence d'une règle formelle.

2. qu'on établit là-dessus le principe tout est permis qui n'est pas défendu, et que ce principe est contesté.

3. que la base de la décision est donc douteuse, peu convaincante, inexistante.

4. que finalement ses résultats conduisent directement à la violation des principes du droit naturel, qui justement viennent d'être posés, par hypothèse, comme obligatoires pour le juge international.

Citons ici deux auteurs qui soulignent les inconvénients de la sentence du Lotus comme solution pratique.

M. Gidel (qui cependant approuve l'arrêt de la Cour, parce que, selon lui, le principe du pavillon ne comportant pas l'exclusivité de la compétence, cet argument était suffisant pour admettre les juridictions concurrentes) déclare expressément : « Je m'empresse d'ajouter que cette solution qui est théoriquement logique... ne peut être approuvée par suite des difficultés incessantes qu'elle provoquerait. »¹

Pour M. J. Fischer Williams, la situation créée par l'arrêt du Lotus confère au droit international un aspect « d'anarchie légalisée » : « Nous vivons sous le régime d'un Olympe polythéiste de dieux éventuellement dissidents, dont les lois peuvent nous être in-

1. « Liberté de la mer », cours à l'Institut H. E. I., 1930.

connues, qui se vengent du transgresseur inconscient qui se hasarderait dans leur puissance. Une erreur a certainement été commise ici soit dans les prémisses, soit dans la conclusion. »¹

Nous avons essayé de découvrir cette erreur.

1. « Affaire du *Lotus* », R. G. D. I. P., 1928, p. 369.

CONCLUSION

Dans notre travail, nous sommes parti de cette idée que le problème du fondement du droit (est-il d'origine subjectiviste, la volonté étant sa source unique, ou son fondement est-il objectif ?) domine les différentes branches de la science juridique et spécialement celle du droit international.

Ainsi nous avons examiné sous cet angle les doctrines actuelles relativement aux trois questions suivantes : fondement du droit en général, aspect du même problème dans le plan international, la souveraineté de l'Etat.

Et nous avons accepté et suivi ce point de vue qu'à la base du droit international, on retrouve constamment le droit naturel ou objectif. En effet, le droit des gens n'est qu'une « adaptation du droit naturel général aux circonstances d'un droit qui vise en principe les Etats et non les individus directement. »¹

Mais dans la deuxième partie, plus concrète que la première, nous avons analysé les arrêts de la Cour Permanente et nous avons examiné les problèmes sus-mentionnés à la lumière de cette jurisprudence. Nous y avons rencontré la question de la condition juridique de cet or-

1. « Droit naturel et droit rationnel ou scientifique », par M. Le Fur. *R. D. I.*, 1927, p. 658.

ganisme qu'est l'Etat, sujet direct et seul, d'après la Cour, du droit international. Est-il souverain ou limité par la Norme sociale ?

Sur ce terrain plus pratique, tous les problèmes se réduisent donc à rechercher une répartition exacte des compétences¹. C'est d'ailleurs l'objet de tout droit. Et la mission particulière du droit des gens est de délimiter les compétences des Etats et de les coordonner dans le cadre juridique ; donc d'après un principe supérieur, d'après l'idée de justice, créatrice du droit.

Dans l'étude de la jurisprudence de la Cour, l'arrêt du Lotus nous a retenu plus longtemps, parce que — étant selon nous, une exception à la doctrine que la Cour a habituellement adoptée — il met mieux en relief les lignes générales de cette doctrine.

1. V. Le Fur « Délimitation de la compétence de la S. D. N. ». *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 562.

Vu le doyen,
H. BERTHELEMY.

Vu, le Président de la Thèse,
L. LE FUR.

Vu et permis d'imprimer :
Le recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

Abréviations

- S.D.N. : Société des Nations.
C.P.J.I. : Cour Permanente de Justice Internationale.
A.D.I. : Académie de Droit international de La Haye.
A.D.J. 1928-I: Recueil des cours de l'Académie de la Haye, Année 1298, tome I.
R.D.I. : Revue de Droit International.
R.G.D.I.P. : Revue générale de Droit international public.
R.D.I.L.C. : Revue de Droit international et de Législation comparée.
-

Bibliographie

PUBLICATIONS DE LA C. P. J. I.

- Recueil des arrêts*, série A : n° 1, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 15, 17.
Recueil des avis consultatifs, série B : n° 1, 2, 3, 4, 5, 10, 13, 14.
Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour, série C : n° 1, 2, 13 (II).
Rapports annuels, série E.

OUVRAGES

- AKZIN. — *Les problèmes fondamentaux du droit international public*, Paris, 1929.
ANZILOTTI. — *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1928. (traduit par M. Gidel, Paris 1929).
BIGNE DE VILLENEUVE. — *Traité général de l'Etat*, Paris, 1929. (Préface de M. Le Fur, I xxxii).
BUSTAMANTE. — *La Cour Permanente de Justice Internationale*, 1925.
FRANQUEVILLE. — *L'œuvre de la Cour Permanente de Justice Internationale*, Paris 1928.
KOSTERS. — *Fondements du droit des gens* (Bibliotheca Visseriana t. IV.) Leyde 1925.
PILLET. — *Fondateurs du droit des gens*, 1904.
POLITIS. — *La Justice Internationale*, Paris 1924.
— *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris 1927.
SAKUTARO TACHI. — *La Souveraineté et l'Indépendance de l'Etat et les Questions Intérieures en droit international*, Paris 1930.
SPIROPOULOS. — *Théorie générale du droit international*, Paris 1930.
TRIEPEL. — *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899 (traduit par M. Brunet, 1920).

**COURS A L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL
DE LA HAYE**

- BRIERLY. — *Le fondement du caractère obligatoire du droit international*, 1928-III.
- HEILBORN. — *Les sources du droit international*, 1926-I.
- HUDSON. — *Les avis consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale*, 1925-III.
- KELSEN. — *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, 1926-IV.
- KRAUS. — *La morale internationale*, 1927-I.
- LAUTERPACHT. — *Le problème des différends non-justiciables*, 1930.
- LE FUR. — *La théorie du droit naturel depuis le XVIII^e siècle et la doctrine moderne*, 1927-III.
- POLITIS. — *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, 1925-I.
- SALVIOLI. — *La jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale*, 1926-II.
- TRIEPEL. — *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, 1923.
- VERDROSS. — *Le fondement du droit international*, 1927-I.
- VISSCHER. (Ch. de) — *La codification du droit international*, 1925-I.

REVUES

- AKZIN. — *L'école autrichienne et le fondement du droit des gens*, R.D.I., 1927.
- BONNARD. — *Droit naturel et Droit positif*, Revue int. de la Théorie du droit, 1928-29.
- FISCHER WILLIAMS. — *Affaire du Lotus* (traduit par M^{me} Jacqueline Ch. Rousseau), R. G. D. I. P., 1928.
- GARNER. — *Le nouveau droit international*, R. G. D. I. P., 1930.
- LE FUR. — *Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique. Leur rôle dans la formation du droit international R. D. I.*, 1927.
- *Philosophie du droit international*, R. G. D. I. P., 1921.
- NAST. — *Matérialisme et idéalisme juridiques*, Revue int. de la Théorie du droit, 1929-30.

- SALVIOLI. — *Il caso del Lotus*, *Rivista di diritto internazionale*, 1927
TRAVERS. — *Affaire du Lotus*, *R. D. I. L. C.*, 1928.
VABRES (DONNEDIEU DE). — *Affaire du Lotus*, *R. D. I.*, 1928.
VERZIJL. — *Affaire du Lotus*, *R. D. I. L. C.*, 1928.
VITTA. — *Divergenze nella dottrina italiana sui principi fondamentali del diritto int. pub.*, *Rivista di diritto int.*, 1929.
ZANTEN (VAN). — *Le problème de la souveraineté des Etats*.
R. D. I. L. C., 1930.

THESES

- CANONNE. — *Essai de droit pénal international. Affaire du Lotus*,
Toulouse 1929.
CHKLAVER. — *Le droit international dans ses rapports avec la philosophie du droit*, Paris 1929.
PIOT (ALICE). — *Théories françaises sur le droit naturel et le réalisme*,
Paris 1930.
ROUSSEAU. — *La compétence de la Société des Nations dans le règlement des conflits internationaux*, Paris 1927.
SUKIENNICKI. — *La Souveraineté des Etats en droit international moderne*, Paris 1926.
-

Table des Matières

AVANT-PROPOS	1
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE ÉTUDES THÉORIQUES GÉNÉRALES

CHAPITRE I LE DROIT INTERNATIONAL ET SON FONDEMENT

Section I. Existence du droit international.

Les négateurs. Vice de raisonnement. Rejet de leur thèse. L'observation des réalités sociologiques nous convainquent de la réelle existence du droit international.....	5
---	---

Section II. Fondement du droit international.

Nécessité d'étudier le problème plus large de la naissance du droit. Sens des termes fondement et source.....	8
---	---

§ I. Problème général de l'origine du droit..... 10

I. Relativité de notre savoir. L'explication philosophique de la force obligatoire du droit est-elle possible ? Recours à la foi.....	10
---	----

II. La grande controverse : droit naturel ou droit positif. Position des termes opposés. Leur sens...	13
---	----

III. Examen critique du positivisme.

1) Question de la méthode. L'empirisme exclusif pratiquement impossible. Son auto-suffisance théoriquement fausse. La condamnation de la déduction manque de fondement et se contredit	15
--	----

2) La « pureté » de la discipline juridique. L'homme fait de la philosophie comme il respire. La pureté de la science juridique est une hypothèse a priori et comme telle ne peut servir d'argument.....	19
3) Le relativisme de la notion de justice comme argument contre l'existence du droit naturel. Réponse a) Le fond est stable : droit naturel. Sa découverte est relative, humaine : droit rationel. (Le Fur). b) Solution de Hartman sur le terrain éthique.....	21
4) La thèse volontariste de l'origine du droit positif. Sa réfutation par M. Bonnard. Rejet de la volonté comme créatrice exclusive du droit.....	24
IV. Les trois phases dans la vie d'une norme. Norme morale. Norme juridique. Norme juridique positive. Les frontières. Recherche du concept positivité. Recherche de l'élément objectif produisant le droit : difficulté, dont la confusion de la morale et du droit fournit la preuve. Le sens du juste. La justice.....	27
V. Notre conception du droit. Déterminée par la préférence de la doctrine traditionnelle française, par l'autorité des maîtres.....	32
§ 2. <i>L'aspect spécial du fondement du droit dans le plan international.</i>	
I. Position de la question. Les données en sont les mêmes que dans le plan général. La séparation entre le problème philosophique du droit et le fondement du droit des gens est arbitraire ...	33
II. Analyse et explication de la diversité des doctrines par M. Spiropoulos. Son « axiome juridique fondamental » devrait surmonter le subjectivisme illimité des auteurs. Trois ordres de critiques adressés au système de M. Spiropoulos.	36
III. Le fondement du droit international dans l'histoire des doctrines. Aperçu sommaire de la doctrine classique. Vitoria, Suarez, Grotius. La thèse des droits fondamentaux.	41
IV. <i>Littérature moderne</i>	43
A) Les différentes théories du consentement. Critique d'ensemble.....	44
a) Autolimitation	45
b) Résurrection de la Volonté de l'Etat comme autorité finale du droit international, dans une étude récente (M. B. Akzin).....	53
c) Volonté collective (Triepel). Objections	58

B) Doctrines antivolontaristes.....	62
a) Norme fondamentale (Kelsen).....	62
b) Solidarité sociale (Duguit).....	64
c) Droit naturel (Le Fur).....	66

CHAPITRE II

LA SOUVERAINETE DE L'ETAT

Section I. Question centrale du droit international.

La souveraineté est-elle limitée par le droit ou est-elle source du droit ? Complexité dans la doctrine. La variété des opinions résulte de la différence de façon d'envisager le problème. La vraie méthode : essai de conciliation des principes qui s'opposent.....	68
--	----

Section II. Résumé critique de l'histoire de la notion de souveraineté

La souveraineté absolue, résultat de l'absence de contrat intersocial. Théorie des droits naturels appliqués aux Etats. Elle est fausse et absolutiste.....	75
Doctrines modernes : réaction excessive de certains auteurs contre la souveraineté. Les négateurs.....	78
Les données positives de la jurisprudence en la matière (M. Basdevant).....	79
Deux distinctions indispensables : 1) en droit international il n'y a que l'indépendance - 2) en droit interne il faut séparer la <i>Souveränität</i> de la <i>Staats evilt</i>	80
Maintien du terme souveraineté.....	82
Opinion de M. le Fur.....	84

DEUXIÈME PARTIE

CONCEPTIONS GÉNÉRALES DE LA COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE

Problèmes fondamentaux du droit devant la Cour. Les principes généraux (arrêts n° 8, 13). Questions touchant plus spécialement le droit international.....	91
--	----

Section I. La souveraineté dans la jurisprudence.

Les traits essentiels. Le précédent de l'affaire des Pêcheries 1910. Carélie Orientale (avis n° 5). Le cas du vapeur <i>Wimbledon</i> (arrêt n° 1).....	94
---	----

Section II. Le droit international est supérieur à la souveraineté

- § 1. Le droit international conventionnel triomphe de l'exception de souveraineté soulevée dans les avis n° 2, 10, 13, 14. 103
- § 2). Le traité est supérieur à la loi interne : arrêt n° 7 avis n° 10, 17. 111

Section III. Le conflit entre le droit international et la souveraineté de l'Etat sous l'aspect de l'art. 15, par. 8 du Pacte.

- § 1. *Examen des cas* 114
- 1) Iles d'Aland. 114
- 2) Décrets de nationalité de Tunisie (analyse de l'avis. Observations. Théorie de la « conclusion provisoire, »). 115
- 3) Dans l'avis n° 5 la Cour écarte l'examen de l'al. 8 art. 15. 123
- 4) Quelle aurait été la solution de la Cour dans l'affaire du Patriarcat œcuménique ? 125
- § 2. *Délimitation de la « compétence exclusive ». Nature et criterium du domaine réservé.* 128
- I. La Cour. 132
- II. La doctrine (MM. Politis, de Visscher, Borel, Tachi) 133
- § 3. *Distinction des questions politiques et juridiques comme criterium de la compétence exclusive. Son apparition dans les « Observations » de M. Kellogg dans l'Ordonnance du 6 décembre 1930.* 139
- Remarques 141

Section IV. La Volonté des Etats est-elle source et fondement du droit international ? Le dilemme entre la conception absolutiste de la souveraineté et l'existence même du droit des gens.

- Arrêt du Lotus* (Etude détaillée). 146
- I. Place de cet arrêt dans la jurisprudence de la Cour. La Cour s'écarte de sa propre tradition 146
- II. Bref historique. 149
- III. Examen de l'arrêt : le point de vue doctrinal. 150
- IV. La thèse française est plus souple que la rigide formule de la Cour : « Il s'agit de formuler les principes violés par la Turquie ». 153

V. Analyse du syllogisme de l'arrêt : <i>a</i>) majeure : les Etats sont indépendants - <i>b</i>) mineure : donc eux seuls créent le droit - <i>c</i>) Conséquence : aucune présomption n'existe contre leur indépendance	155
VI. Théorie de la volonté, origine de toutes les erreurs. Résumé des deux objections, sociologique et psychologique contre cette théorie.....	163
VII. Essai d'établir un raisonnement plus constructif. Conciliation des deux formules : tout ce qui n'est pas défendu est permis, tout ce qui n'est pas permis est défendu.....	164
VIII. Pour Triepel l'Etat reste « entièrement » libre en l'absence d'une règle formelle. Autorité de Triepel dans l'affaire du Lotus.....	165
IX. Les opinions de MM. Salvioli et Canonne relativement au principe tout ce qui n'est pas défendu est permis.....	168
X. <i>Conclusion</i> : Les effets de l'arrêt du Lotus vont à l'encontre des principes du droit objectif et rationnel	172
CONCLUSION	175
BIBLIOGRAPHIE	179



IMPRIMERIE SPÉCIALE
— DE L'ABEURS —

F. BOISSEAU
34, rue du Taur TOULOUSE

